



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA TURMA

Processo nº : 10730.000952/99-19
Recurso nº : 201-115771
Recorrente : FAZENDA NACIONAL
Recorrida : 1ª CÂMARA DO 2º CONSELHO DE CONTRIBUINTES
Interessada : ROSA MONTEIRO SOCIEDADE EDUCADORA LTDA
Sessão de : 15 de março de 2004
Acórdão nº : CSRF/03-03.943

SIMPLES – ESCOLA DE ENSINO DE SEGUNDO GRAU

É vedada a opção ao simples às pessoas jurídicas que se dediquem às atividades de ensino de 2º Grau, na forma do inciso XIII, do art. 9º da Lei nº 9.317/1996, não estando alcançadas pela exceção trazida pelo art. 1º da Lei nº 10.034/2000 nem pelo artigo 1º, parágrafo 3º da IN SRF 115/2000.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto pela FAZENDA NACIONAL.

ACORDAM os Membros da Terceira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, por maioria de votos, DAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencido o Conselheiro Paulo Roberto Cucco Antunes que negou provimento ao recurso.

MANOEL ANTÔNIO GADELHA DIAS
PRESIDENTE

JOÃO HOLANDA COSTA
RELATOR

FORMALIZADO EM: 28 SET 2004

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: OTACÍLIO DANTAS CARTAXO, CARLOS HENRIQUE KLASER FILHO, ELIZABETH EMILIO DE MORAES CHIEREGATTO (Suplente convocada), NILTON LUIZ BARTOLI e MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JÚNIOR.

Processo nº : 10730.000952/99-19
Acórdão nº : CSRF/03-03.943

Recurso nº : 201-115771
Recorrente : FAZENDA NACIONAL
Interessado : ROSA MONTEIRO SOCIEDADE EDUCADORA

RELATÓRIO

Com o Acórdão 201-74.999, de 15.06.2001, a Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuinte, por unanimidade de votos, deu provimento ao recurso voluntário de Rosa Monteiro Sociedade Educadora Ltda, entendendo que *“creche, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental, legalmente constituídos como pessoa jurídica, poderão optar pelo SIMPLES, nos termos do art. 1º da Lei nº 10.034, de 24.10.2000. Recurso provido”*.

Consta da cláusula primeira do Contrato Social (fl. 12) que o objetivo social da empresa é “ensino pré-escolar, 1º grau e 2º grau”, entendendo a Receita Federal que se trata de atividade econômica não permitida para o Simples, e baixou o Ato Declaratório nº 84.143, de 09.01.99 (fl. 24) para formalizar a exclusão da empresa da sistemática do Simples.

Transcrevo, por oportuno, o voto proferido pelo ilustre Conselheiro Dr. Jorge Freire, do seguinte teor:

“Em relação à inconstitucionalidade argüida é pacífico o entendimento deste Colegiado de que não compete à autoridade administrativa sua apreciação, prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário.

No mérito, o art. 1º da Lei nº 10.034, de 24.10.2000, assim dispõe:

“Art. 1º ficam excetuados da restrição de que trata o inciso XIII do art.9º da Lei nº 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”.

Processo nº : 10730.000952/99-19
Acórdão nº : CSRF/03-03.943

Na análise do ato constitutivo – em seu objetivo social – (documentos de fls. 12/13), verifica-se que a recorrente se enquadra na exceção criada pela Lei nº 10.034/2000.

A IN SRF nº 115, de 27.12.2000, que disciplina a matéria, estabelece no parágrafo 3º do art. 1º:

“Art. 1º (omissis)

Parágrafo 3º Fica assegurada a permanência no sistema das pessoas jurídicas mencionadas no “caput” que tenham efetuado a opção pelo SIMPLES anteriormente a 25 de dezembro de 2000 e não foram excluídas de ofício ou, se excluídas, os efeitos da exclusão ocorreriam após a edição da Lei nº 10034, de 2000, desde que atendidos os demais requisitos legais”.

Portanto, lei nova autoriza a recorrente a integrar o sistema de tributação especial denominado SIMPLES.

Pelo exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso”.

A Fazenda Nacional vem interpor recurso especial de divergência à Câmara Superior de Recursos Fiscais, apresentando como divergentes as decisões contidas nos acórdãos 202-12.597, de 09 de novembro de 2.000 e 202-12.749, de 25 de janeiro de 2.001, no sentido de que é impedida de optar pelo SIMPLES a pessoa jurídica que presta serviços profissionais de professor ou assemelhados e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida (inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/96), como é o caso dos estabelecimentos de ensino. Analisa que ao afirmar o acórdão ora recorrido que: “Creche, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental, legalmente constituídos como pessoa jurídica, poderão optar pelo SIMPLES nos termos do art. 1º da Lei nº 10.034, de 24.10.2000”, tal trecho assentou que a partir da edição da Lei nº 10.034/2000, as creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino médio podem optar pelo regime SIMPLES. Ocorre que, afirma o digno Procurador da Fazenda Nacional, nos dois acórdãos trazidos abaixo a título de paradigmas ambos proferidos após a Lei nº 10.034/2000, houve divergência jurisprudencial. Com efeito, os dois acórdãos têm o entendimento de que a pessoa jurídica que tenha como objetivo ou exercício uma das atividades econômicas

Processo nº : 10730.000952/99-19
Acórdão nº : CSRF/03-03.943

relacionadas no art.9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/96, ou atividade que para o exercício haja exigência legal de habilitação profissional, como é o caso dos estabelecimentos de ensino, está impedida de optar pelo sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES. Este é, em resumo, o entendimento contido nos dois referidos acórdãos dados como paradigmas para comprovar a divergência. Destes conclui a recorrente que se depreende ser vedada a opção pelo Simples à pessoa jurídica que preste:

- a) serviços relativos às profissões expressamente listadas, dentre elas, a de professor;
- b) serviços profissionais assemelhados àqueles listados no mesmo inciso;
- c) preste serviços profissionais de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida;

E o Ato Declaratório de exclusão baseou-se na segunda hipótese de vedação em vista da prestação de serviços assemelhados ao de professor.

Aponta ainda o digno Procurador da Fazenda Nacional que a cláusula segunda da alteração contratual da empresa apresenta como seu objetivo social "*o ensino pré-escolar, 1º Grau e 2º Grau*" e, assim sendo, como o Segundo Grau não se enquadra nem como ensino médio nem fundamental, conforme o art. 35 da Lei nº 9.394, de 20.12.1996, que estabeleceu as Diretrizes e Bases da Educação Nacional, a Lei nº 10.034/2000 e a IN SRF nº 115/2000 não são aplicáveis ao caso sob exame porque tais diplomas autorizam a permanência no simples apenas das pessoas jurídicas que tenham como atividades "*creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental*". Ao contrário, a autuada exerce também atividades relacionadas ao ensino de segundo grau.

A empresa manifesta-se em contra-razões. Argúi a inconstitucionalidade da Lei nº 9.3217/91; refere-se à quebra do tratamento isonômico da igualdade tributária. Discute o que se entende por atividade assemelhada da escola e professor; formula considerações sobre a Lei nº

Processo nº : 10730.000952/99-19
Acórdão nº : CSRF/03-03.943

10.034/00 e tira suas conclusões. Pede, enfim, se negado provimento ao Recurso Especial e seja mantido o acórdão prolatado pelo E. Segundo Conselho de Contribuintes.

Consta da argumentação da interessada os seguintes tópicos:

1. Das inconstitucionalidades da Lei nº 9.317/96.

A matéria abordada pelo artigo 9º da Lei nº 9.317/96, que restringiu a opção pelo Sistema Simplificado é manifestamente inconstitucional.

- Pelo artigo 179 da Constituição Federal, evidente está que à Lei Infraconstitucional caberia apenas a função de definir quantitativamente o que sejam microempresas e empresas de pequeno porte, assim dispondo:

“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 creditícia, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.”

- Em momento algum, o Constituinte delegou ao Legislador “comum” o poder de fixação ou até mesmo de definição de atividades “excluídas” do benefício. Não poderia e não pode o art.9º da Lei inserir no seu texto os incisos III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XVIII

Em momento algum, o Constituinte delegou ao Legislador “comum” o poder de fixação ou até mesmo de definição de atividades “excluídas” do benefício;

- O texto legal referido traz ainda uma evidente quebra da igualdade tributária. Diz o artigo 150 e inciso II, da Constituição Federal:

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

I -

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.”

Como visto, a discriminação tributária em virtude da atividade exercida pela empresa fere frontalmente o princípio Constitucional da igualdade;

- O exercício da atividade escola, é indispensável a contratação de professores, além de outros profissionais como pessoal de limpeza e manutenção,



Processo nº : 10730.000952/99-19
Acórdão nº : CSRF/03-03.943

pedagogos, psicólogos, seguranças, entre outros. A escola não se resume à atividade do professor, nem o professor à atividade da escola;

- O que o dispositivo legal veda é a possibilidade de que profissionais, que no exercício de suas profissões, criem uma pessoa jurídica para exercer as suas profissões e venham a se beneficiar do denominado "SIMPLES";

- A Entidade Mantenedora Educacional não é uma sociedade de profissionais para o exercício da profissão de professor. A Entidade é sim uma sociedade entre empresários, sem exigência de qualificação profissional, e livre para contratar profissionais devidamente qualificados e habilitados para o exercício de suas profissões.

No final, requer que se torne sem efeito o Ato Declaratório que excluiu a interessada do SIMPLES.

É o relatório.



Processo nº : 10730.000952/99-19
Acórdão nº : CSRF/03-03.943

VOTO

CONSELHEIRO JOÃO HOLANDA COSTA, RELATOR.

Em apreciação o recurso especial interposto pela Fazenda Nacional contra o provimento do recurso do contribuinte.

Tomo conhecimento do presente Recurso especial, por ser tempestivo, por estar demonstrada a divergência jurisprudencial entre o acórdão recorrido e a conclusão dos paradigmas apresentados e por tratar de matéria de competência desta Terceira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, na forma do Regimento Interno.

Sou de parecer que cabe razão ao douto Procurador da Fazenda Nacional. Com efeito, não cabe ao intérprete da lei ampliar nem reduzir o que a legislação dispõe, seja para beneficiar seja para prejudicar o sujeito passivo.

1 - PRELIMINAR:

Concordo com o entendimento expresso no acórdão ora recorrido, de que "não compete à autoridade administrativa a apreciação da questão de inconstitucionalidade de lei, atribuição reservada ao Poder Judiciário, conforme disposto nos incisos I, "a", e III, "b", ambos do artigo 102 da Constituição Federal.

A respeito desta questão, é oportuno citar 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."

Processo nº : 10730.000952/99-19
Acórdão nº : CSRF/03-03.943

Logo, pelo acima exposto, deixo de acatar a preliminar de inconstitucionalidade levantada pela recorrente.

2 - MÉRITO:

Analisando os presentes autos, verifica-se que a exclusão foi motivada pelo entendimento de que a empresa exercia atividade econômica não permitida, com fundamento no inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996, que, dentre outros, veda a opção à pessoa jurídica que preste serviço profissional de professor, conforme se observa na transcrição abaixo:

*"Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:
(...)"*

*XIII - que preste serviços profissionais de corretor, representante comercial, despachante, ator, empresário, diretor ou produtor de espetáculos, cantor, músico, dançarino, médico, dentista, enfermeiro, veterinário, engenheiro, arquiteto, físico, químico, economista, contador, auditor, consultor, estatístico, administrador, programador, analista de sistema, advogado, psicólogo, **professor**, jornalista, publicitário, fisicultor, ou assemelhados, e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida;" (g.n.)*

No atual contexto, a Educação Básica divide-se em Educação Infantil, Ensino Fundamental e o Ensino Médio. A educação infantil corresponde à primeira etapa da Educação Básica, não possuindo caráter obrigatório e sendo destinada às crianças com menos de sete anos de idade. Dentro do quadro atual de estabelecimentos de educação infantil, encontramos as creches, ou entidades equivalentes, que atendem às crianças de até três anos de idade, e as pré-escolas, que atendem às crianças de quatro a seis anos.

Já o art. 3º da IN SRF 79/96, que deu nova redação ao *caput* do art. 2º da IN SRF 65/96, assim dispõe, "in verbis":

"Art. 3º O caput do art. 1º e o art. 2º, da IN SRF nº 65/96, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 1º ...

Processo nº : 10730.000952/99-19
Acórdão nº : CSRF/03-03.943

“Art. 2º A educação infantil é aquela que precede o ensino fundamental obrigatório, oferecida em creches ou entidades equivalentes e pré-escolas, compreendendo as despesas efetuadas com a educação de menores na faixa etária de zero a seis anos de idade (Constituição Federal, art. 208, IV, e Lei nº 9.394/96, arts. 29 e 30)”.

A atividade desenvolvida em pré-escolas, creches ou entidades equivalentes, tais como berçários, maternais e estabelecimentos de recreação infantil, está subordinada à Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e, destarte, considerados como estabelecimento de educação infantil, atuando no atendimento de crianças de zero a seis anos de idade.

A Lei n.º 10.034/00, conforme se observa no seu art. 1º, abaixo transcrito, alterou a Lei n.º 9.317/96, excetuando das restrições impostas pelo art. 9º, as pessoas jurídicas dedicadas às atividades de creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental:

*“Art. 1º Ficam excetuadas da restrição de que trata o inciso XIII do art. 9º da Lei nº 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.** (g.n.)”*

Com lastro no art. 96, c/c o art. 100, inciso I, do Código Tributário Nacional, e objetivando complementar o disposto na Lei n.º 10.034/00, foi editada a IN SRF n.º 115/00 que, em seu art. 1º, § 3º, estabelece o tratamento a ser dado às entidades de ensino que exercem as atividades de creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental, optantes pelo SIMPLES. Assim, dispõe a citada norma, “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 Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e 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

Processo nº : 10730.000952/99-19
Acórdão nº : CSRF/03-03.943

ocorreriam após a edição da Lei nº 10.034, de 2000, desde que atendidos os requisitos legais.”

Analisando o contrato social da recorrente, e suas alterações, verifica-se que constitui objeto da sociedade o ensino pré-escolar, 1º grau e 2º grau, não deixando dúvida que pelo fato de as atividades da empresa se estenderem ao ensino de 2º grau, estão elas fora da exclusão do art. 1º da Lei nº 10.034/00 nem lhe tem aplicação o regrado parágrafo 3º do art. 1º da IN SRF n.º 115/00.

Em face do exposto, voto no sentido de dar provimento ao presente Recurso Especial da Fazenda Nacional.

Sala das Sessões-DF, em 15 de março de 2004.


JOÃO HOLANDA COSTA

