



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10820.000261/99-89
Recurso nº : 129.218
Sessão de : 19 de maio de 2005
Recorrente(s) : CENTRO EDUCACIONAL DE ANDRADINA S/C.
LTDA.
Recorrida : DRJ/RIBEIRÃO PRETO/SP

R E S O L U Ç Ã O Nº 303-01.038

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

RESOLVEM os Membros da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

ANELISE DAUDT PRIETO
Presidente

NILTON LUIZ BARTOLI
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Zenaldo Loibman, Nanci Gama, Sérgio de Castro Neves, Silvio Marcos Barcelos Fiúza, Marciel Eder Costa e Luis Carlos Maia Cerqueira (Suplente). Ausente o Conselheiro Tarásio Campelo Borges.

RELATÓRIO

Tem por objeto o presente processo, o inconformismo da Recorrente em relação ao Ato Declaratório n.º 109.152, emitido em 09/01/99, expedido pela Delegacia da Receita Federal em Araçatuba, que declarou-a excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, por ter constatado que o objeto social da empresa é de atividade econômica não permitida para o Simples.

Do Ato Declaratório de Exclusão, a recorrente impetrou IMPUGNAÇÃO, onde vem aduzir e requerer, em suma, que:

- I. a Constituição Federal garante ao cidadão o direito de livre exercício de profissão, garantindo às microempresas e empresas de pequeno porte, tratamento diferenciado, conforme expresso no artigo 179 da Carta Magna;
- II. o artigo 9º da Lei nº 9.317/96 ao restringir a opção pelo SIMPLES é inconstitucional, tendo em vista que pelo disposto no artigo 179 da Constituição Federal, cabe à lei infraconstitucional apenas a função de definir quantitativamente o que sejam microempresas e empresas de pequeno porte, sendo que “em momento algum o Constituinte delegou ao Legislador “comum” o poder de fixação ou até mesmo de definição de atividades “excluídas” do benefício, entendimento demonstrado ainda pelo parecer doutrinário citado;
- III. a discriminação tributária em virtude da atividade exercida pela empresa fere frontalmente o princípio Constitucional da igualdade, previsto no inciso II do artigo 150 da Constituição Federal, como também disposto em doutrina;
- IV. a atividade empresarial exercida pela prestadora de serviços educacionais é muito mais ampla que a desenvolvida pelo professor ou assemelhado, esta sim absurda e inconstitucionalmente “vedada” pela legislação ordinária;
- V. para o exercício da atividade escola é indispensável a contratação de professores, bem como, pessoal de limpeza e manutenção, bibliotecários, equipe técnica-administrativa, pedagogos, psicólogos, seguranças, entre outros, sendo que este complexo de instalações, insumos e valores, às vezes são mais expressivos que o custo da mão de obra do professor;

Processo nº : 10820.000261/99-89
Resolução nº : 303-01.038

- VI. os “encargos educacionais” encontram-se previstos em legislação própria e envolvem diversas atividades que não se resumem a do professor, sendo ainda que da Resolução nº 01 de 14/01/83, prolatada pelo Conselho Nacional de Educação, conclui-se que a atividade do professor, pessoa física, diz respeito tão somente à educação ministrada, havendo ainda diversas outras atividades a serem desempenhadas pela escola;
- VII. “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.”;
- VIII. “os Sócios/Mantenedores da prestadora de serviços educacionais não precisam possuir qualquer habilitação profissional. E mais, para que a Empresa pudesse ser tida como assemelhada à profissão de professor, teria que ser tida e considerada como assemelhada a tantas outras atividades como, por exemplo, à atividade de limpeza e mesmo à atividade de segurança, além de outras.”

Requer seja declarado sem efeito o Ato Declaratório de exclusão, para que seja mantida no Simples.

O contribuinte reitera seus argumentos às fls. 26/36, tendo seu pleito sido indeferido pela decisão de fls. 37/38, o que levou o contribuinte a reiterar seus argumentos e pedidos às fls. 42/43.

Às fls. 45, consta informação de que as empresas relacionadas às fls. 46 foram beneficiadas por decisão liminar em Mandado de Segurança, da 22ª Vara Federal de São Paulo, nos autos do processo nº 97.0008609-7, que julgou procedente o pedido em 12/11/99 e concedeu a segurança “... para assegurar o direito dos associados do Sindelivre – Sindicato das Entidades Culturais, Recreativas, de Assistência Social, de Orientação e Formação Profissional no Estado de São Paulo, relacionados nos autos, se inscreverem no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, desde que preencham os demais requisitos legais.”

Remetidos os autos à Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto/SP, esta não tomou conhecimento da impugnação oferecida pelo contribuinte, nos termos da seguinte ementa:

“Assunto: Processo Administrativo Fiscal
Ano-calendário: 1999

Processo nº : 10820.000261/99-89
Resolução nº : 303-01.038

Ementa: CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO
ADMINISTRATIVO E JUDICIAL.

A propósito de ação judicial, versando sobre idêntica matéria, importa em renúncia às instâncias administrativas e impede a apreciação das razões de mérito pela autoridade administrativa competente.

Impugnação não Conhecida.”

Irresignada com a decisão singular, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário, ressalte-se de forma tempestiva, reiterando os fundamentos e pedidos apresentados em sua peça impugnatória, acrescentando, que:

- a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto baseou-se equivocadamente no fato de estar a ora recorrente representada nos autos dos Processos nº 97.0008609-7 e 2000.03.99.069995-8, pelo Sindicato das Entidades Culturais, Recreativas, se Assistência Social, de Orientação Profissional no Estado de São Paulo – SINDELIVRE, haja vista que não era associada ao SINDELIVRE, razão pela qual não pode estar sendo representada pelo referido sindicato;

- não há qualquer concomitância entre processo administrativo e fiscal que justificaria o não conhecimento e não julgamento do recurso apresentado pela ora recorrente.

No mérito, reitera os termos de sua peça impugnatória, aduzindo ainda que tem como atividade somente a educação pré-escolar, sendo, portanto, aplicável ao caso o disposto no artigo 1º da Lei nº 10.684/2003.

Requer pela insubsistência do Ato Declaratório de Exclusão.

Tendo em vista o disposto na Portaria MF nº 314, de 25/08/1999, deixam os autos de serem encaminhados para ciência da Procuradoria da Fazenda Nacional, quanto ao Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte.

Os autos foram distribuídos a este Conselheiro constando numeração até as fls. 86, última.

É o relatório.



Processo nº : 10820.000261/99-89
Resolução nº : 303-01.038

VOTO

Conselheiro Nilton Luiz Bartoli, Relator

Apurados estarem presentes os requisitos de admissibilidade, conhecimento do Recurso Voluntário por conter matéria de competência desta Eg. Câmara.

Pelo que se verifica dos autos, a matéria em exame refere-se à exclusão da recorrente do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de pequeno Porte – SIMPLES, com fundamento no inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317/96, que vedam a opção à pessoa jurídica que:

“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;” (grifos acrescidos ao original)

Observa-se que a r. decisão recorrida, deixou de tomar conhecimento quanto à impugnação apresentada pelo contribuinte, sob o fundamento de estar havendo concomitância entre processo administrativo e judicial, com base nos documentos juntados às fls. 45/46 e 60.

Por sua vez, recorre o contribuinte, aduzindo não existir qualquer concomitância entre processo administrativo e judicial, visto não ser associada ao sindicato que impetrou Mandado de Segurança Coletivo, não sendo, portanto, parte no processo judicial utilizado como razão de decidir do órgão julgador de primeira instância.

É certo que a propositura de ação judicial, inibe o pronunciamento do administrativo, como consignado pela r. decisão recorrida.

Ocorre que a Recorrente nega ser associada ao Sindicato das Entidades Culturais Recreativas de Assistência Social de Orientação e Formação Profissional no Estado de São Paulo – SINDELIVRE, o que declara às fls. 83, negando, portanto, haver sido beneficiada por sentença em Mandado de Segurança, como informado às fls. 60.

Processo nº : 10820.000261/99-89
Resolução nº : 303-01.038

Por outro lado, baseia-se a decisão monocrática na relação juntada às fls. 46, na qual consta identificação de parte das empresas beneficiadas pela mencionada segurança, da mesma constando o nome da Recorrente.

Ocorre que não há como imputar veracidade e exatidão quanto à informação e relação juntadas às fls. 45/46, principalmente diante da negativa do contribuinte de que tenha feito parte do processo judicial.

Diante deste panorama, anote-se que este Relator entende que a análise de qualquer questão no âmbito do Processo Administrativo Fiscal deve ser norteada pelos princípios da materialidade e da tipicidade.

Oportuno, no entanto, a discussão a fim de que outros princípios jurídicos, inerentes ao Processo Administrativo Fiscal, sejam trazidos à colação, tal como o princípio da verdade material.

O princípio da Verdade Material norteia o julgador para que descubra qual é o fato ocorrido e, a partir daí, qual a norma aplicável, ou seja, a verdade objetiva dos fatos, independente das alegações da impugnação do contribuinte, ou das interpretações realizadas pela Fazenda no momento do lançamento.

O princípio da verdade material teve início no Direito Penal, da fase inquisitória, no procedimento de averiguação dos fatos relativos ao crime com o fim de se determinar sua materialidade e autoria, tendo sido transpassado ao processo, como direito de defesa do acusado.

O que se busca no processo administrativo é averiguar se ocorreu no mundo dos fenômenos o fato hipoteticamente previsto na norma, e em que circunstâncias deve ser interpretado. Os fatos são a expressão escrita de um acontecimento em determinado tempo e espaço. São os documentos que declaram a existência ou não de um fato para que alcance sua relevância para o Direito. Daí porque, independentemente do momento em que os documentos são produzidos para relatar um fato, aqueles se reportaram ao tempo e espaço em que houve a ocorrência deste ultimo.

Para o doutrinário Paulo Celso B. Bonilha, em sua obra "Da Prova no Processo Administrativo Tributário" (Ed. Dialética, São Paulo, 1997, 2^a edição) ao tratar do ônus da prova na relação processual tributária, conclui que:

"Se é verdade que a conformação peculiar do processo administrativo tributário exige do contribuinte impugnante, no início, a prova dos fatos que afirma, isto não significa, como vimos, que, no decorrer do processo, seja de sua incumbência toda a carga probatória. Tampouco a presunção de legitimidade do ato de

Processo nº : 10820.000261/99-89
Resolução nº : 303-01.038

lançamento dispensa a Administração do ônus de provar os fatos de seu interesse e que fundamentam a pretensão do crédito tributário, sob pena de anulamento do ato.”

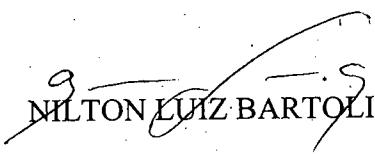
Assim, em nome de uma distribuição de Justiça mais serena e mais condizente com os princípios norteadores da atividade administrativa judicante, tais como o da verdade material, da certeza jurídica nas relações tributárias, da moralidade administrativa e da legitimidade e motivação dos atos administrativos, entende este julgador que, antes mesmo de se manifestar acerca da matéria de direito envolvida nos presentes autos, deve ser o presente julgamento convertido em diligência, a fim de que se apure se a Recorrente foi, ou não, beneficiada pela segurança concedida em Mandado de Segurança Coletivo impetrado pelo SINDELIVRE.

Tal providência se justifica, pela impossibilidade de apurar-se dos documentos acostados aos autos, com absoluta certeza, se a Recorrente era associada ao SINDELIVRE e se, portanto, sendo parte em procedimento judicial, abriu mão do presente procedimento administrativo.

Isto posto, em observância ao princípio da verdade material, voto pela conversão do presente julgamento em diligência, a fim de que a repartição de origem faça juntar aos autos Certidão de Objeto e Pé dos Processos 97.0008609-7 e 2000.03.99.069995-8, devendo constar das mesmas se o contribuinte “Parque de Recreação Infantil Sossego da Mamãe S/C Ltda.”, inscrito no CNPJ sob o nº 51.103.984/0001-77, figura como parte nos mesmos.

Cumprida a diligência, sejam novamente intimadas as partes para que se manifestem e, ato contínuo, tornem os autos a esta Eg. Câmara para julgamento.

Sala das Sessões, em 19 de maio de 2005


NILTON LUIZ BARTOLI - Relator