



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

PROCESSO Nº : 10830.009073/00-11
SESSÃO DE : 02 de dezembro de 2003
ACÓRDÃO Nº : 302-35.859
RECURSO Nº : 127.630
RECORRENTE : SHALON CENTRO DE FORMAÇÃO PROFISSIONAL E
COMERCIAL LTDA.
RECORRIDA : DRJ/CAMPINAS/SP

SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS
MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES
EXCLUSÃO POR ATIVIDADE ECONÔMICA.

Conforme disposto no inciso XIII, do artigo 9º, da Lei nº 9.317/1996, não podem optar pelo SIMPLES
as pessoas jurídicas que prestem serviços profissionais de professor ou assemelhado.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

As autoridades administrativas são incompetentes para decidir sobre inconstitucionalidade de leis, por
ser competência exclusiva do Poder Judiciário, como determina a Constituição Federal de 1988.
Ademais, o próprio Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes determina ser vedado àqueles
Colegiados afastar a aplicação de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo em vigor, em
virtude de inconstitucionalidade, salvo nos casos especificados.

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 02 de dezembro de 2003

PAULO ROBERTO CUCCO ANTUNES
Presidente em Exercício

ELIZABETH EMÍLIO DE MORAES CHIEREGATTO
Relatora

13 ABR 2004

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: MARIA HELENA
COTTA CARDOZO, PAULO AFFONSECA DE BARROS FARIA JÚNIOR, WALBER
JOSÉ DA SILVA, LUIS ANTONIO FLORA, SIMONE CRISTINA BISSOTO e LUIZ
MAIDANA RICARDI (Suplente). Ausente o Conselheiro HENRIQUE PRADO MEGDA.
Esteve presente o Procurador da Fazenda Nacional PEDRO VALTER LEAL.

RECURSO Nº : 127.630
ACÓRDÃO Nº : 302-35.859
RECORRENTE : SHALON CENTRO DE FORMAÇÃO PROFISSIONAL E
COMERCIAL LTDA.
RECORRIDA : DRJ/CAMPINAS/SP
RELATOR(A) : ELIZABETH EMÍLIO DE MORAES CHIEREGATTO

RELATÓRIO

A empresa acima identificada recorre a este Conselho de Contribuintes, de decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campinas/SP.

DA EXCLUSÃO DO SIMPLES

A interessada foi excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples, sob a alegação de “Atividade Econômica não permitida para o Simples”, conforme Ato Declaratório nº 347.968, de 02 de outubro de 2000 (fls. 19).

DA SOLICITAÇÃO DE REVISÃO DA EXCLUSÃO

Às fls. 01 encontra-se o formulário de Solicitação de Revisão da Vedação/Exclusão à Opção pelo Simples – SRS, incluída de ofício, considerada improcedente pela Delegacia da Receita Federal em Campinas/SP, uma vez que “de acordo com o inciso XIII, do art. 9º, da Lei nº 9.317/96, a pessoa jurídica que presta serviços de professor ou assemelhados não poderia optar pelo Simples. O Ato Declaratório COSIT nº 29/99 dispõe, em seu inciso II, que os estabelecimentos de educação prestam serviços vinculados à atividade de professor, estando impedidos de exercer a opção pelo Simples. Com a edição da Lei nº 10.034/2000, apenas as creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental foram excetuados daquela restrição, permanecendo, dessa forma, o motivo de exclusão do Simples”.

DA MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE

Irresignada com a manutenção da exclusão do Simples, a requerente, por Procurador legalmente constituído (instrumento à fl. 15), protocolou na DRF em Campinas/ SP, a petição de fls. 28, requerendo que a Manifestação de Inconformidade/ Impugnação de fls. 29/41 fosse remetida à Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo. Em sua defesa, alegou, em síntese, que:

- 1) Desde a implantação do Sistema Simples, a Receita Federal tem flutuado na interpretação dos dispositivos legais que informam matéria, principalmente as disposições contidas no

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO N° : 127.630
ACÓRDÃO N° : 302-35.859

art. 9º da Lei nº 9.317/1966. O tumulto foi tão grande que a Lei nº 10.034/2001 resolveu declarar que as pessoas jurídicas que se dediquem as atividades de creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental, não estão incluídas na vedação do art. 9º, pois não se trata de atividade assemelhada à do professor. Pelo simples fato de declarar essa situação, não é crível que se queira dizer que o ensino médio ou o ensino de línguas é assemelhado ao de professor. Na verdade, o ensino médio nunca esteve incluído na vedação do art. 9º, pois não é uma atividade assemelhada à do professor.

- 2) A matéria de que se trata é de ordem constitucional e legal, não podendo ser apreciada e decidida com base em dispositivos normativos infraconstitucionais e infralegais.
- 3) A Constituição Federal garante ao cidadão o direito de livre exercício de profissão bem como a constituição de empresas, sejam elas de qualquer porte.
- 4) Em seu art. 179, nossa Carta Maior garante, ademais, tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, assim definidas em lei.
- 5) A Lei nº 9.317/96 veio regular tal situação, dando as hipóteses e a forma para o exercício de tal prerrogativa constitucional. Contudo, na parte que estabelece condições qualitativas e não apenas quantitativas para opção pelo regime diferenciado, exorbitou a disposição constitucional.
- 6) Assim, a mesma está eivada de inconstitucionalidades, principalmente no que se refere aos “critérios qualitativos e não quantitativos estabelecidos” e à “quebra de tratamento isonômico face ao princípio da igualdade tributária”.
- 7) Em momento algum o Constituinte delegou ao legislador comum o poder de fixação ou até mesmo de definição das atividades “excluídas” do benefício. Portanto, não poderia e nem pode o art. 9º da Lei nº 9.317/96 inserir no seu texto os incisos III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XVIII. (Cita entendimento de Ives Gandra da Silva Martins, segundo o qual, basicamente, “dentro do princípio da razoabilidade, qualquer discriminação qualitativa macula o texto constitucional, se feita por lei ordinária, uma

Quila

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.630
ACÓRDÃO Nº : 302-35.859

vez que, no que concerne à matéria tributária, a definição deveria ser veiculada por lei complementar” – (fls. 33/35).

- 8) Quanto à quebra do tratamento isonômico face ao princípio da igualdade tributária, transcreve o art. 150 e inciso II da CF e manifestações de doutrinadores sobre a matéria, concluindo que a discriminação tributária em virtude da atividade exercida pela empresa é manifestamente inconstitucional.
- 9) Além das “inconstitucionalidades” apontadas, destaca que há que se considerar que 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.
- 10) Saliencia, outrossim, que a atividade da escola não é assemelhada à de professor porque, para o exercício da primeira, é indispensável a contratação de professores, bem como de pessoal de limpeza e manutenção, bibliotecários, equipe técnico-administrativa, pedagogos, psicólogos, seguranças, entre outros. Ressalta que, para exercer sua atividade, a escola necessita um complexo de instalações, de insumos, de valores, às vezes mais expressivos que o custo da mão-de-obra do professor. Transcreve legislação pertinente à matéria, procurando demonstrar as diferenças entre a atividade escola e a do professor e comprovar, assim, que as escolas não estão abrigadas na vedação do art. 9º da Lei.
- 11) Transcreve emenda do acórdão 104-9.223, segundo o qual foi dado provimento a apelo semelhante ao aqui tratado, desde que preenchidos os requisitos do Estatuto da Microempresa - Lei nº 7.256/84.
- 12) Insiste em que as disposições contidas no art. 9º da Lei nº 9.317/96 são no sentido de vedar a possibilidade de que profissionais, no exercício de suas profissões, venham a criar uma pessoa jurídica para que as mesmas sejam exercidas, beneficiando-se do denominado “SIMPLES”.
- 13) Conclui que a Entidade Mantenedora Educacional não é uma sociedade de profissionais para o exercício da profissão de professor, mas uma sociedade entre empresários, sem exigência de qualificação profissional, livre para contratar profissionais

EMCA

RECURSO Nº : 127.630
ACÓRDÃO Nº : 302-35.859

devidamente qualificados e habilitados para o exercício de suas profissões.

- 14) Finaliza pugnando pelo provimento da Manifestação de Inconformidade/Impugnação apresentada, considerando a Interessada como regularmente inscrita no sistema Simples, tornando sem efeito o Ato Declaratório lavrado.

DO ACÓRDÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Em 29 de outubro de 2002, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campinas/SP manteve a exclusão da empresa do Simples, exarando o Acórdão DRJ/CPS Nº 2.620 (fls. 45/52), assim ementado:

“Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples.

Ano-calendário: 2000

Ementa: ENSINO - EXCLUSÃO. As pessoas jurídicas cujo objeto social engloba a exploração do ramo de ensino médio estão impedidas de optar pelo SIMPLES por prestarem serviços assemelhados à atividade de professor.

Solicitação indeferida.”

DO RECURSO AO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Cientificada da decisão de primeira instância em 10 de fevereiro de 2003 (AR à fl. 53), a interessada protocolou, em 25 de fevereiro do mesmo exercício, portanto tempestivamente, ainda por Procurador, o recurso de fls. 54/67, alegando, em síntese, que:

- 1) Preliminarmente, refutou o argumento da decisão recorrida de que não cabe à esfera administrativa a discussão sobre a constitucionalidade de texto legal, argumentando que o inciso LV do art. 5º da CF assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e a ampla defesa. Destaca que este direito é amplo, não dando espaço a alegações referentes à separação de poderes e subordinação hierárquica. Transcreve entendimento de Marçal Justen Filho sobre a matéria (fls. 56/57). Reitera, assim, as razões de ordem constitucional apresentadas anteriormente.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO N° : 127.630
ACÓRDÃO N° : 302-35.859

- 2) Quanto às demais matérias (“inconstitucionalidades” da Lei nº 9.317/96, quebra do tratamento isonômico/princípio da igualdade tributária e não semelhança entre a atividade escola e a atividade do professor), transcreveu os argumentos constantes da defesa exordial.
- 3) Concluiu pugnando pela procedência do recurso interposto.

O processo foi distribuído a esta Conselheira, numerado até as fls. 69 (última), que trata do trâmite dos autos no âmbito deste Conselho.

É o relatório.



RECURSO Nº : 127.630
ACÓRDÃO Nº : 302-35.859

VOTO

O recurso é tempestivo, portanto merece ser conhecido.

Trata o presente processo, de exclusão de empresa, em 2.000 (fl. 19), do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples, com base no art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/96, tendo em vista a atividade econômica desenvolvida, qual seja, “ a prestação de serviços profissionais de professor ou assemelhados (...) sendo que apenas as creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental foram excetuados daquela restrição pela Lei nº 10.034/2000, permanecendo, dessa forma, o motivo da exclusão”.

A interessada, em sua defesa, apresentou argumentos: (a) procurando comprovar que a matéria de que se trata é de ordem constitucional e legal, não podendo ser apreciada e decidida com base em dispositivos normativos infraconstitucionais e infralegais, sendo que a CF garante ao cidadão o livre exercício de profissão e a constituição de empresas e, em seu art. 179, garante às microempresas e empresas de pequeno porte tratamento jurídico diferenciado; (b) indicando “inconstitucionalidades” da Lei nº 9.317/96, no que se refere ao estabelecimento de critérios qualitativos e não quantitativos para a definição de microempresas e empresas de pequeno porte e à quebra do tratamento isonômico por meio de “vedações”, face ao princípio da igualdade tributária; (c) apontando que a atividade escola não pode ser equiparada à de professor e que os Sócios/Mantenedores da prestadora de serviços educacionais não precisam possuir qualquer habilitação profissional, não podendo, portanto, serem considerados assemelhados a professores.

Por ocasião do recurso, a requerente trouxe a este Conselho de Contribuintes a mesma peça apresentada quando de suas manifestações de inconformidade, no que se refere ao mérito do litígio, acrescentando apenas argumentos novos com referência à não apreciação, pelas autoridades administrativas, de arguição de inconstitucionalidade de textos legais.

Quanto às “inconstitucionalidades” da Lei nº 9.317/96, transcrevo excerto do voto proferido pela D. Conselheira Maria Helena Cotta Cardozo, com referência ao Recurso nº 125.096, Acórdão nº 302-35.553, julgado na Sessão de 13/05/2003:

“Esclareça-se, de plano, que a discussão sobre a suposta inconstitucionalidade de leis ou atos normativos está reservada ao Poder Judiciário, conforme disposição da própria Constituição Federal, em seu art. 102, inciso I, alínea “a”, que trata do controle

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO N° : 127.630
ACÓRDÃO N° : 302-35.859

concentrado de constitucionalidade, sem prejuízo do controle difuso, que pode ser exercido por qualquer juiz.

Nesse passo, convém trazer à colação o art. 5º da Portaria MF nº 103/2002, que inseriu o art. 22-A no Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes (Portaria MF nº 55/98 - Anexo II):

"Art. 22-A. No julgamento de recurso voluntário, de ofício ou especial, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação, em virtude de inconstitucionalidade, de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo em vigor.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta, após a publicação da decisão, ou pela via incidental, após a publicação da Resolução do Senado Federal que suspender a execução do ato;

II - objeto de decisão proferida em caso concreto cuja extensão dos efeitos jurídicos tenha sido autorizada pelo Presidente da República;

III - que embasem a exigência de crédito tributário:

a) cuja constituição tenha sido dispensada por ato do Secretário da Receita Federal; ou

b) objeto de determinação, pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, de desistência de ação de execução fiscal."

No caso em questão, não constam dos autos elementos que logrem atender a qualquer das hipóteses acima, portanto os atos legais que sustentaram a exclusão em tela, até o momento, gozam de presunção de constitucionalidade, descartando-se qualquer possibilidade de negar-se-lhes vigência."

Assim, rejeita-se a preliminar de inconstitucionalidade argüida pela Recorrente.

No mérito, a empresa foi excluída do Simples em razão da atividade econômica desenvolvida, não permitida para o Simples.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.630
ACÓRDÃO Nº : 302-35.859

No caso em análise, embora conste dos autos Alteração Contratual da Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada de que se trata, não consta o Contrato Original de Formação da Sociedade. Na Alteração Contratual, por sua vez, não consta o objeto social da empresa. Contudo, por seu próprio nome (SHALOM CENTRO DE FORMAÇÃO PROFISSIONAL E COMERCIAL LTDA.) está claro que a mesma desenvolve atividades de formação profissional e comercial.

A legislação que trata do Simples é bastante clara em relação à matéria aqui tratada.

Ou seja, a Lei nº 9.317/1996, alterada pela Lei nº 9.779/1999, determinou, em seu artigo 9º, inciso XIII, a seguinte vedação à opção pelo Simples, *in verbis*:

“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;”

Por sua vez, a Lei nº 10.034/2000, em seu artigo 1º, ao alterar a Lei nº 9.317/1996, apenas excetuou da restrição de que trata o inciso XIII do art. 9º acima transcrito “*as pessoas jurídicas que se dediquem às seguintes atividades: creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental.*”

Em 30/05/2003, esta mesma Lei nº 10.034/2000 teve sua redação alterada, em parte, pela Lei nº 10.684, sendo que, no que tange às atividades “de ensino”, passaram a ser excluídas da vedação aqui tratada, as pessoas jurídicas que se dediquem exclusivamente às atividades de creches e pré-escolas, estabelecimentos de ensino fundamental e centros de formação de condutores de veículos automotores de transporte terrestre de passageiros e da carga.

Analisando a hipótese aqui tratada, verifica-se que a mesma não encontra abrigo nas exceções à vedação à opção pelo SIMPLES, constantes do inciso XIII, do Art. 9º, da Lei nº 9.317/96.

Assim, no caso concreto, é impossível a manutenção da empresa no referido Sistema, uma vez que a prestação de serviços de formação profissional e

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.630
ACÓRDÃO Nº : 302-35.859

comercial é inquestionavelmente assemelhada à prestação e serviços de professor, o que, inclusive, já foi consagrado pelo Segundo Conselho de Contribuintes, em vários acórdãos proferidos.

Pelo exposto e por tudo o mais que do processo consta, NEGÓCIO INTERPOSTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO INTERPOSTO.

Sala das Sessões, em 02 de dezembro de 2003



ELIZABETH EMILIO DE MORAES CHIEREGATTO - Relatora



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

Recurso n.º : 127.630

Processo n.º : 10830.009073/00-11

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 302-35.859.

Brasília- DF, 06/09/2009

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
MF - 3º Conselho de Contribuintes**

Otacílio Dantas Cortazo
Presidente do 3º Conselho

Ciente em: 13/04/2009

Pedro Valtter Leal

Pedro Valtter Leal
Procurador da Fazenda Nacional
OAB/CE 5688