



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

Processo nº 10830.009109/00-58
Recurso nº 128.025 Voluntário
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
Acórdão nº 301-34.575
Sessão de 20 de junho de 2008
Recorrente DATA WAY EMPREENDIMENTOS EDUCACIONAIS S/C. LTDA.
Recorrida DRJ/CAMPINAS/SP

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

Ano-calendário: 2000

SIMPLES. DESENQUADRAMENTO. EXERCÍCIO DE ATIVIDADES DE ENSINO LIVRE A legislação vigente excetua da vedação à opção pelo SIMPLES as pessoas jurídicas que se dediquem às atividades de ensino livre (in casu, curso na área de informática).

SIMPLES. RETROATIVIDADE DE LEI NOVA. JULGAMENTOS PENDENTES. EFEITOS. A lei nova tem repercussão pretérita aos casos pendentes de julgamento, por força do caráter interpretativo da norma jurídica impeditiva anterior, revogada pela nova legislação, devendo seus efeitos se subsumirem à regra do artigo 106 do CTN.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora.

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO - Presidente

Irene Souza

IRENE SOUZA DA TRINDADE TORRES – Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros José Luiz Novo Rossari, Luiz Roberto Domingo, Rodrigo Cardozo Miranda, João Luiz Fregonazzi, Valdete Aparecida Marinheiro e Susy Gomes Hoffmann.

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, o qual passo a transcrever:

“Trata o presente processo de exclusão do Simples, conforme Ato Declaratório nº 347.842/00, porque a empresa exerce atividade econômica não permitida pela legislação do Simples.

2. Apresentou sua contestação ao ato declaratório (fls. 02/14), acompanhada dos documentos de fls. 15/24 em 08/11/2000, argumentando, em síntese, que o art. 9º da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996 é absolutamente inconstitucional por estabelecer critérios diversos àquele ditado pela Constituição de 1988.

3. Em 02/02/2001, retornou aos autos, solicitando que fosse tornada sem efeito sua impugnação anterior, bem como a revogação do ato administrativo de exclusão, devido ao fato de que segundo seu entendimento a Lei nº 10.034, de 24 de outubro de 2000, assegurou a sua permanência no sistema Simples.

4. O pleito foi indeferido pela autoridade preparadora (fl. 01/verso), sob a fundamentação de que ao contrário do entendimento da interessada, as atividades econômicas que constam de seu objeto social (fl. 16) estão vedadas pelo art. 9º da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996, haja vista o disposto no Ato Declaratório Normativo Cosit nº 29/99, não sendo alcançadas pelas exclusões determinadas pela Lei nº 10.034, de 24 de outubro de 2000.

5. Em 26/06/2001, foi apresentada a manifestação de inconformidade da contribuinte (fl. 33/46), argumentando-se que:

5.1. a Lei nº 10.034/2000, veio declarar não inclusas na vedação do art. 9º da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996, as creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental, pelo fato de não se assemelharem à atividade de professor, o mesmo acontecendo com a atividade exercida pela contribuinte, que no seu entendimento se equipara a ensino médio;

5.2. a matéria trazida à baila é de ordem constitucional e legal, não podendo ser apreciada e decidida com base em dispositivos normativos infraconstitucionais e infra-legais;

5.3. a Constituição Federal garante o direito de livre exercício de profissão, bem como a constituição de empresas, de qualquer porte. Garante também às microempresas e empresas de pequeno porte tratamento diferenciado (art. 170);

5.4. a matéria abordada pelo art. 9º da Lei nº 9.317/1996 é manifestamente inconstitucional, visto que, pelo art. 179 da Constituição Federal, caberia à lei a função de definir de forma

exclusivamente quantitativa, e não qualificativa o que sejam microempresas e empresas de pequeno porte;

5.5. entende estar havendo uma discriminação tributária em virtude da atividade exercida pela empresa, a qual fere o princípio da igualdade esculpido no art. 150 da Constituição Federal. Cita textos de renomados doutrinadores em apoio de sua tese;

5.6. a decisão ora impugnada concluiu que a atividade da escola é assemelhada a de professor, sendo que a escola não se resume no professor, nem este naquela, pois para poder funcionar, a entidade necessita um complexo de instalações, de insumos, de valores às vezes mais expressivos que o custo da mão-de-obra do professor;

5.7. é indispensável a contratação de professores, no entanto há necessidade também de pessoal de limpeza, manutenção, bibliotecários, equipe técnico-administrativa, pedagogos, psicólogos, seguranças, etc. Assim, para que a atividade da escola fosse assemelhada à de professor, haveria necessidade de sê-lo com relação às outras atividades também;

5.8. o art. 9º da Lei nº 9.317/96 veda a possibilidade de que profissionais, no exercício de suas profissões, criem uma pessoa jurídica para exercer as suas profissões e venham a se beneficiar do Simples;

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

6. Finalmente, requer a reforma da decisão, para que possa permanecer no sistema Simples."

A Delegacia de Julgamento proferiu decisão (fls.53/59), nos termos da ementa transcrita adiante:

"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, instrução e treinamento em informática estão impedidas de optar pelo SIMPLES por prestarem serviços assemelhados à atividade de professor.

Solicitação Indeferida"

Irresignada, a contribuinte apresentou recurso voluntário a este Colegiado, nos termos da petição de fls.63/76, repisando os mesmos argumentos expendidos na impugnação, inclusive.

Em sessão de 07 de novembro de 2003, esta Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes decidiu não conhecer do Recurso Voluntário, por intempestividade.

Em 15 de março de 2004, a interessada interpôs embargos de declaração, os quais foram recebidos pelo Presidente desta Câmara, que determinou o reexame do Recurso Voluntário, em face de haver verificado a tempestividade deste (fls. 105/106).

Chegam os autos a esta Conselheira, portanto, para exame do recurso interposto pela contribuinte.

É o relatório.

Voto

Conselheira Irene Souza da Trindade Torres, Relatora

O recurso voluntário é tempestivo e preenche as demais condições de admissibilidade, razões pelas quais dele conheço.

Ao teor do relatado, versam os autos sobre a exclusão da contribuinte acima identificada da Sistemática do SIMPLES, por meio do Ato Declaratório nº. 347.842 (fl.24), em função de exercer atividade econômica não permitida para o Simples.

A recorrente, conforme consta da cópia do contrato social juntada aos autos à fl.16, tem como objeto social *“a exploração do ramo de ensino, instrução e treinamento em informática.”*

Ocorre que o inciso XVI do parágrafo 1º do art. 17 da Lei Complementar nº. 123/2006, que instituiu o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, excetuou das vedações ao ingresso no Simples Nacional as pessoas jurídicas que exerçam a atividade de ensino livre, a saber:

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:

(...)

§1º As vedações relativas a exercício de atividades previstas no caput deste artigo não se aplicam às pessoas jurídicas que se dediquem exclusivamente às atividades seguintes ou as exerçam em conjunto com outras atividades que não tenham sido objeto de vedação no caput deste artigo:

(...)

I – creche, pré-escola e estabelecimento de ensino fundamental;

II – agência terceirizada de correios;

III – agência de viagem e turismo;

IV – centro de formação de condutores de veículos automotores de transporte terrestre de passageiros e de carga;

V – agência lotérica;

VI – serviços de manutenção e reparação de automóveis, caminhões, ônibus, outros veículos pesados, tratores, máquinas e equipamentos agrícolas;

VII – serviços de instalação, manutenção e reparação de acessórios para veículos automotores;

VIII – serviços de manutenção e reparação de motocicletas, motonetas e bicicletas;

IX – serviços de instalação, manutenção e reparação de máquinas de escritório e de informática;

X – serviços de reparos hidráulicos, elétricos, pintura e carpintaria em residências ou estabelecimentos civis ou empresariais, bem como manutenção e reparação de aparelhos eletrodomésticos;

XI – serviços de instalação e manutenção de aparelhos e sistemas de ar condicionado, refrigeração, ventilação, aquecimento e tratamento de ar em ambientes controlados;

XII – veículos de comunicação, de radiodifusão sonora e de sons e imagens, e mídia externa;

XIII – construção de imóveis e obras de engenharia em geral, inclusive sob a forma de subempreitada;

XIV – transporte municipal de passageiros;

XV – empresas montadoras de estandes para feiras;

XVI – escolas livres, de línguas estrangeiras, artes, cursos técnicos e gerenciais;

XVII – produção cultural e artística;

XVIII – produção cinematográfica e de artes cênicas;

XIX – cumulativamente administração e locação de imóveis de terceiros;

XX – academias de dança, de capoeira, de ioga e de artes marciais;

XXI – academias de atividades físicas, desportivas, de natação e escolas de esportes;

XXII – (VETADO);

XXIII – elaboração de programas de computadores, inclusive jogos eletrônicos, desde que desenvolvidos em estabelecimento do optante;

XXIV – licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação;

XXV – planejamento, confecção, manutenção e atualização de páginas eletrônicas, desde que realizados em estabelecimento do optante;

Resta, entretanto, estabelecer o alcance dos efeitos da lei no tempo, ou seja, estabelecer se o dispositivo da Lei Complementar nº. 123/2006 tem efeito retroativo, vez que a exclusão foi efetuação em data anterior à sua edição.

No presente caso, há que se considerar que o ato declaratório de exclusão, entendido como aplicação de penalidade por descumprimento da lei àquele tempo, não era definitivo por ocasião da revogação do dispositivo legal que embasou o motivo da exclusão

(Lei nº. 9.317/ 1996), vez que, tendo sido impugnado na esfera administrativa, apenas com o trânsito em julgado da decisão administrativa o declarar válido teria o condão de torná-lo definitivo.

Sobre a aplicação da lei nova com repercussão pretérita, assim dispõe o art. 106, do CTN, in verbis:

“Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

II- tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de trata-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática..” (destacou-se)

Assim, considerando que o ato declaratório de exclusão não era definitivo por ocasião da entrada em vigor da Lei Complementar nº. 123/2006, bem como que a exclusão do SIMPLES impunha-se como penalidade para aqueles que, mesmo exercendo atividade impeditiva, nele se inscreveram, tem-se assegurada a permanência da recorrente no sistema, tendo em vista a norma vigente que lhe é mais benigna, uma vez que deixou de definir como atividade impeditiva de opção pelo SIMPLES a apontada no Ato Declaratório.

Nesse sentido, a jurisprudência desta Câmara:

Número do Recurso: 135642
Câmara: PRIMEIRA CÂMARA
Número do Processo: 13707.000249/2005-22
Tipo do Recurso: VOLUNTÁRIO
Matéria: SIMPLES - INCLUSÃO
Recorrida/Interessado: DRJ-RIO DE JANEIRO/RJ
Data da Sessão: 29/02/2008 14:00:00
Relator: LUIZ ROBERTO DOMINGO
Decisão: Acórdão 301-34336
Resultado: DPU - DADO PROVIMENTO POR UNANIMIDADE
Texto da Decisão: Por unanimidade de votos, deu-se provimento ao recurso.
Ementa: Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário
Ano-calendário: 2005
SIMPLES. ATIVIDADE IMPEDITIVA EXCETUADA PELA NOVA LEI. O artigo 17 §1º, inciso XIII da lei complementar nº 123 de 14.12.2006 excetuou as restrições impostas pelo inciso XIII do artigo 9º da Lei 9.317/1996 com as alterações introduzidas pela Lei 10.684/2003.
RETROATIVIDADE DA LEI NOVA. EFEITOS. JULGAMENTOS PENDENTES. O fato tem repercussão pretérita por força do caráter interpretativo daquelas normas jurídicas impeditivas, revogadas pela nova legislação, devendo seus efeitos se subsumirem a regra da retroatividade prevista no inciso I do artigo 106º, do Código Tributário Nacional.
RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO

Número do Recurso: 130157
Câmara: PRIMEIRA CÂMARA
Número do Processo: 19647.002596/2003-66
Tipo do Recurso: VOLUNTÁRIO
Matéria: SIMPLES - EXCLUSÃO
Recorrida/Interessado: DRJ-RECIFE/PE
Data da Sessão: 11/09/2007 14:00:00
Relator: OTACÍLIO DANTAS CARTAXO
Decisão: Acórdão 301-34019
Resultado: DPU - DADO PROVIMENTO POR UNANIMIDADE
Texto da Decisão: Por unanimidade de votos, deu-se provimento ao recurso. Ausente justificadamente o conselheiro Luiz Roberto Domingo.
Ementa: Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples
Ano-calendário: 2002
SIMPLES. ATIVIDADE IMPEDITIVA EXCETUADA PELA NOVA LEI. O artigo 17 §1º, inciso XIII da lei complementar nº 123 de 14.12.2006 excetuou as restrições impostas pelo inciso XIII do artigo 9º da Lei 9.317/1996 com as alterações introduzidas pela Lei 10.684/2003.
RETROATIVIDADE DA LEI NOVA. EFEITOS. JULGAMENTOS PENDENTES.
O fato tem repercussão pretérita por força do caráter interpretativo daquelas normas jurídicas impeditivas, revogadas pela nova legislação, devendo seus efeitos se subsumirem a regra da retroatividade prevista no inciso I do artigo 106º, do Código Tributário Nacional.
RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO

Por todo o exposto, **DOU PROVIMENTO AO RECURSO** para declarar insubsistente o ato de exclusão e manter a opção da contribuinte pelo SIMPLES. Deixo de apreciar as demais questões suscitadas no Recurso Voluntário, por considerá-las prejudicadas.

Sala das Sessões, em 20 de junho de 2008



IRENE SOUZA DA TRINDADE TORRES - Relatora