



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

**Processo nº** 10855.004678/2003-15  
**Recurso nº** 137.839 Voluntário  
**Matéria** SIMPLES - EXCLUSÃO  
**Acórdão nº** 303-35.133  
**Sessão de** 28 de fevereiro de 2008  
**Recorrente** ESCOLA INTEGRAÇÃO S/C LTDA  
**Recorrida** DRJ-RIBEIRÃO PRETO/SP

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

Ano-calendário: 2002


**SIMPLES. EXCLUSÃO. LC 123, de 14/12/06. "EDUCAÇÃO SUPLETIVA".**

Nos termos da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, artigo 17, §1º, inciso I "*creche, pré escola e estabelecimento de ensino fundamental*", XVI "*escolas livres, de línguas estrangeiras, artes, cursos técnicos e presenciais*" e §2º, "*poderão optar pelo Simples Nacional sociedades que se dediquem exclusivamente à prestação de outros serviços que não tenham sido objeto de vedação expressa no caput deste artigo*".

**RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da terceira câmara do terceiro conselho de contribuintes, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do relator.

  
ANELISE DAUDT PRIETO - Presidente

  
NILTON LUIZ BARTOLI - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Luis Carlos Maia Cerqueira (Suplente), Heroldes Bahr Neto, Vanessa Albuquerque Valente, Davi Machado Evangelista, Celso Lopes Pereira Neto e Luis Marcelo Guerra Neto.

## Relatório

Trata-se de Solicitação de Revisão Exclusão do Simples, devido à exclusão do contribuinte do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, conforme Ato Declaratório Executivo nº 487.744, de 07/08/2003 (fl.104), fundamentado em atividade econômica vedada, qual seja, educação supletiva, com data da ocorrência em 01/01/1997.

O contribuinte apresentou a SRS, com denominação de Impugnação de fls. 01/07, na qual alega, em suma que:

*A origem do presente processo se deu devido ao ADE supra citado, no qual a DRJ – Sorocaba – SP considerou o contribuinte excluído do Simples por exercer atividade econômica vedada;*

*O contribuinte considera inconstitucional a expedição do ADE e seus efeitos;*

*Ao expedir o ADE, a DRJ impossibilitou a defesa prévia do contribuinte, conforme dispõe o artigo 5º, LIV e LV da Constituição Federal, pois o artigo 4º do ADE, dispõe que a exclusão torna-se definitiva, caso não ocorra interposição da manifestação/recurso no prazo legal. Desta forma, a Delegacia já considera o contribuinte como excluído;*

*A DRJ, ao excluir o contribuinte para depois conceder o direito de manifestar seu inconformismo, contraria todos os princípios constitucionais, bem como as normas disciplinadoras do processo administrativo;*

*Ao considerar como excluído o contribuinte, a DRJ traz inúmeros prejuízos, pois o considera “devedor”;*

*Preliminarmente requer, que os efeitos ADE expedidos sejam anulados, a fim de não constar nos registros /cadastros da DRJ a existência de pendências relativas à impugnante e apontamento relativos à condição de “excluída do Simples”, visto que não pode, o contribuinte, exercer seu direito de defesa prévia, conforme dispõe a Constituição Federal;*

*E também porque há processo pendente de julgamento, não podendo a empresa ser considerada definitivamente excluída e por via de consequência devedora, como pretende a Delegacia da Receita Federal, nos termos do artigo 151, III, do Código Tributário Nacional;*

*No ADE, é possibilitado ao contribuinte recorrer da decisão através da Solicitação de Revisão da Exclusão do Simples – SRS -, mas não significa que este seja o único documento hábil. Não há nenhum dispositivo legal que delimite o direito à ampla defesa através do preenchimento deste documento;*

*Ao considerar a SRS como única forma de manifestação de inconformismo, ocorre a restrição do direito de defesa, já que o formulário não permite uma ampla defesa ao contribuinte;*

*O contribuinte optou pelo sistema Simples em 1997, conforme o Termo de Opção e desde então paga os tributos nesta modalidade, conforme as DARF's anexadas;*

*Só após seis anos, a DRJ considerou a atividade do contribuinte como vedada, considera injusto portanto, a exclusão, pois deveria no momento da opção declarar o indeferimento;*

*Injusta também é a retroatividade da exclusão que fere o art. 150, III, da Constituição Federal;*

### *DO MÉRITO*

*O ADE tem como fundamento legal para a exclusão, o art. 9º, XIII da Lei nº 9.317/1996, contudo, esta lei é inconstitucional;*

*A Constituição Federal assegura o direito de livre exercício da profissão e o tratamento diferenciado a microempresa e empresas de pequeno porte, art.179;*

*A lei nº 9.317/1996 regulou tal premissa, porém o legislador ultrapassou sua competência ao atribuir condições qualificativas;*

*De acordo com o art.179 da Constituição Federal, cabe ao legislador apenas definir quantitativamente o que são empresas de pequeno e microempresas, não houve delegação para definir atividades excluídas;*

*Não pode também a restrição versar sobre débitos junto ao INSS ou até mesmo à PGFN;*

*Ocorre discriminação tributária em razão de atividade exercida pela empresa, ferimento ao princípio da igualdade;*

*A decisão recorrida entende que a atividade exercida é assemelhada a do professor;*

*Para o exercício de atividade da atividade de escola é necessário atualização de diversos serviços, dentre estes o de professores, bibliotecários, seguranças;*

*Cita legislação pertinente, dentre estes a resolução nº 01 de 14/01/198, seção 01, pág. 1025, que dispõe quais são os componentes com custo que o dispositivo legal veda é a possibilidade de profissionais, criem uma pessoa jurídica para se beneficiar do sistema Simples;*

*Não houve qualquer infração às regras de enquadramento do Simples, pelo simples fato de que a atividade exercida nunca foi vedada pela legislação que rege a matéria.*

Trouxe aos autos documentos, entre os quais, Contrato Social e Alterações (fls. 18/53), o Termo de Opção (fls. 25) e as DARFs (fls. 56/88).

Ciente do Indeferimento de sua SRS às fls. 01 v, o contribuinte apresentou sua manifestação de inconformidade, na qual reiterou todos os argumentos de sua solicitação de revisão.

Encaminhados os autos à Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Ribeirão Preto/SP, esta indeferiu a solicitação às fls. 121/126, nos termos da seguinte ementa:

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

*Data do fato gerador: 16/10/2002*

*Ementa: OPÇÃO. ATIVIDADE VEDADA.*

*SIMPLES. EXCLUSÃO. ATIVIDADE ECONÔMICA. ENSINO SEGUNDO GRAU. As pessoas jurídicas que se dedicam às atividades de ensino médio estão impedidas de optarem pelo Simples, a teor do que dispõe o art. 9º, XIII, da lei nº 9.317, de 1996.*

*CONSTITUCIONALIDADE.*

*As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidades e ilegalidade.*

*Solicitação Indeferida.”*

Ciente da decisão proferida (AR de fl. 130), o contribuinte apresenta tempestivamente Recurso Voluntário às fls.131/141, no qual reitera todos os argumentos já apresentados.

Espera e requer a revogação da decisão de primeira instância e sua reinclusão no SIMPLES .

Os autos foram distribuídos a este Conselheiro em 04/12/2007, em um único volume, constando numeração até à fl. 143, penúltima.

Desnecessário o encaminhamento do processo à Procuradoria da Fazenda Nacional para ciência quanto ao Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, nos termos da Portaria MF nº. 314, de 25/08/99.

É o relatório.

4



## Voto

Conselheiro NILTON LUIZ BARTOLI, Relator

Presentes os requisitos de admissibilidade, tempestividade e matéria de competência deste 3º Conselho de Contribuintes, conheço do Recurso Voluntário.

Cabe ressaltar que o cerne da questão encontra-se na exclusão de contribuinte que tendo optado pelo Simples em 01/01/1997, teria contrariado disposição do artigo 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/96.

Assim, a exclusão do contribuinte se deu por meio do Ato Declaratório Executivo nº 487.744 (fls. 104), datado de 07/08/2003, emitido pela Delegacia da Receita Federal em Sorocaba, que trouxe como motivo atividade econômica vedada para a opção, qual seja, educação supletiva.

A decisão de primeira instância (fls.121/126), considerou devida a exclusão do Recorrente sob o argumento de que a atividade exercida é vedada, conforme o disposto no artigo 9º, XIII, da Lei 6.317/1996, por considerar a atividade assemelhada a de professor.

Cumpre-nos, portanto, analisar o objeto social da Recorrente, à época dos fatos, às fls. 24:

*“Cláusula primeira: A sociedade terá por objeto a exploração do ramo de estabelecimento de ensino supletivo de primeiro e segundo graus.”*

Posteriormente, as alterações foram as seguintes às fls. 44 e 113 respectivamente:

*“A sociedade tem por objeto a exploração do ramo de estabelecimento de ensino fundamental ou médio” (g.n)*

*“O objeto da sociedade será a exploração do ramo de estabelecimento de educação básica e educação profissional”(g.n)*

Primeiramente, observo que de fato o inciso XIII do artigo 9º da Lei nº. 9.317, de 05/12/1996, vedava opção à pessoa jurídica que:

*“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)*

Isto posto, importa agora analisarmos se as atividades exercidas pelo contribuinte, descritas acima, encontram-se realmente prescritas dentre às vedadas à opção.

Assim, para o caso em questão, cumpre notar o que dispõe o §2º, do artigo 17, da Lei Complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006, que a partir de 1º de julho de 2007, revogou<sup>1</sup> a Lei do Simples (Lei nº. 9.317, de 5 de dezembro de 1996):

*"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 exercem 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**;*

*(...)*

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

*(...)*

*"§2º Poderão optar pelo Simples Nacional sociedades que se dediquem exclusivamente à **prestação de outros serviços que não tenham sido objeto de vedação** expressa no caput deste artigo."  
*(g. n)**

Analisando as atividade exercida pela Recorrente, em contraposição às vedações dispostas na Lei Complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006, verifica-se que aquelas não se encontram dentre as impeditivas à opção pelo Simples, não sendo cabível a exclusão do Simples, em razão dos motivos aduzidos no ADE.

Depreende-se da análise da legislação acima transcrita, que é permitida a opção Simples de atividades que explorem a educação, expressamente, ensino fundamental e os cursos técnicos, que se assemelham aos cursos profissionais.

E conforme interpretação do §2º, do art. 17 da LCP nº 123/206, como **a atividade de ensino médio não é objeto de vedação expressa**, logo, tal atividade pode se beneficiar do sistema Simples

<sup>1</sup> Lei Complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006

Art. 89 – Ficam revogadas, a partir de 1º de julho de 2007, a Lei nº. 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e a Lei nº. 9.841, de 5 de outubro de 1999.

Concluo, portanto, que a atividade exercida pela Recorrente não é objeto de vedação sob a ótica da legislação vigente.

No tocante à aplicação da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, ao presente, importa destacar, o que ela dispõe, em seu artigo 16, §4º:

*“ §4º Serão consideradas inscritas no Simples Nacional as microempresas e empresas de pequeno porte regularmente optantes pelo regime tributário de que trata a Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, salvo as que estiverem impedidas de optar por alguma vedação imposta por esta Lei Complementar.”*

Note-se que a Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, dispôs que a opção pelo ‘Simples Nacional’ das ME (microempresas) e EPP (empresas de pequeno porte) será na forma estabelecida pelo Comitê Gestor, órgão vinculado ao Ministério da Fazenda, para tratar dos aspectos tributário da Lei Geral do Simples.

Com efeito, através da Resolução CGSN nº 04, de 30/05/07, o mencionado Comitê Gestor, ao regulamentar a opção ao ‘Simples Nacional’, resolveu em seu artigo 18 que:

*“Art. 18. Serão consideradas inscritas no Simples Nacional as ME e EPP regularmente optantes pelo regime tributário de que trata a Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, salvo as que estiverem impedidas de optar por alguma das vedações previstas nesta Resolução.”*

Pondero, neste ponto, que tal artigo, primeiramente, convalida a migração automática para o ‘Simples Nacional’, não havendo necessidade, neste sentido, de formalização expressa para a opção.

Noutro aspecto, o dispositivo (*in fine*) ressaltou que só há migração automática caso não haja impedimento para tanto, mas advindos da nova lei.

Entretanto, cumpre ainda notar o que dispõe o §1º da citada Resolução CGSN nº 04, de 30/05/07, que diz respeito aos casos ainda não definitivamente julgados:

*“Art. 18.*

*(...)*

*§1º Para fins de opção tácita de que trata o caput, consideram-se regularmente optantes as ME e as EPP, inscritas no CNPJ como optantes pelo regime tributário de que trata a Lei nº 9.317/96, que até 30 de junho de 2007 não tenham sido excluídas dessa sistemática de tributação ou, se excluídas, que até essa data não tenham obtido decisão definitiva da esfera administrativa ou judicial com relação a recurso interposto.”*

Desta forma, o dispositivo em questão esclarece que também se consideram regularmente optantes aquelas empresas que se excluídas até 30/06/07, não tenham obtido decisão definitiva na esfera administrativa ou judicial, com relação ao recurso interposto.

7



Por tudo isto, se conclui que a retroatividade está prevista na própria sistemática da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, e mesmo que não assim não o fosse, o artigo 106, do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25/10/1966) estipula que:

*“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;”*

E não se diga que não seria o caso da lei nova deixar de definir como ‘infração’, pois se a Lei nº 9.317/96 discriminava atividades que vedavam a opção ao Simples, caso estas fossem exercidas por contribuinte optante, haveria, nesta hipótese, clara infração ao regime da Lei nº 9.317/96.

Portanto, se a lei nova não pune mais certo ato, que deixou de ser considerado como infração, também pelo artigo 106 do Código Tributário Nacional, ela retroage em benefício do contribuinte, como no presente.

No mais, não se pode deixar de considerar o estabelecido na Lei de Introdução ao Código Civil vigente (Lei nº 4.657, de 04/09/1942), que dispõe em seu artigo 6º que:

*“Art. 6º A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.”*

Logo, tal qual prescreve a LICC, chamada de ‘lei de introdução às leis’, uma vez que dita princípios gerais sobre as normas de direito público e de direito privado (arts. 7º a 19), as normas têm efeito imediato e geral.

Diante desses argumentos, DOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

Sala das Sessões, em 28 de fevereiro de 2008

  
NILTON LUIZ BARTOLI - Relator