



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
TERCEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº : 10880.004621/99-99
SESSÃO DE : 12 de maio de 2004
ACÓRDÃO Nº : 303-31.437
RECURSO Nº : 127.899
RECORRENTE : COLÉGIO CERTUS S/C. LTDA.
RECORRIDA : DRJ/SÃO PAULO/SP

SIMPLES. EXCLUSÃO.

Não podem optar pelo SIMPLES as empresas que exercem atividade de ensino, vedada pelo artigo 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/96, exceto nos casos previstos pela Lei nº 10.034, de 24/10/2000.

RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Brasília-DF, em 12 de maio de 2004


JOÃO HOLANDA COSTA
Presidente


ANELISE DAUDT PRIETO
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: ZENALDO LOIBMAN, SÉRGIO DE CASTRO DE NEVES, NILTON LUIZ BARTOLI, NANCI GAMA e SÍLVIO MARCOS BARCELOS FIÚZA (Suplente). Esteve Presente a Procuradora da Fazenda Nacional ANDREA KARLA FERRAZ.

RECURSO Nº : 127.899
ACÓRDÃO Nº : 303-31.437
RECORRENTE : COLÉGIO CERTUS S/C. LTDA.
RECORRIDA : DRJ/SÃO PAULO/SP
RELATOR(A) : ANELISE DAUDT PRIETO

RELATÓRIO

Em 19 de abril de 2001, por meio da Resolução nº 202.00.234, a Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes converteu o julgamento do recurso em diligência, nos termos de relatório e voto de autoria da Ilustre Conselheira Ana Neyle Olímpio Holanda, que transcrevo a seguir:

“Por bem descrever os fatos, adotamos o relatório da decisão recorrida, que passamos a transcrever:

O contribuinte acima qualificado, mediante Ato Declaratório de emissão do Sr. Delegado da Receita Federal em São Paulo, foi excluído do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, ao qual havia anteriormente optado, na forma da Lei nº 9.317, 05/12/1996 e alterações posteriores.

Apresentando o interessado reclamação contra a referida exclusão, manifestou-se a DRF de origem por sua improcedência.

De acordo com os artigos 14 e 15 do Decreto nº 70.235, de 06/03/1972, com a nova redação dada pela Lei nº 8.748/1993, o contribuinte apresentou impugnação (fls. 26 a 41), através de seu procurador, Dr. Renato A. Freire, OAB/SP 128.026, com procuração à fl. 11, alegando, em síntese:

1. A Constituição Federal garante ao cidadão o direito de livre exercício de profissão bem como a constituição de empresas sejam elas de qualquer porte. Garante, também, às microempresas e empresas de pequeno porte, tratamento diferenciado conforme expresso no art. 179. Por seu turno, a Lei nº 9.317/1996 veio regular tal situação dando as hipóteses e a forma para o exercício de tal prerrogativa Constitucional.

2. A Lei nº 9.317/1996 na parte que estabelece condições qualificativas e não apenas quantitativas para opção pelo regime diferenciado, certamente exorbitou, transformando-se em um

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.899
ACÓRDÃO Nº : 303-31.437

verdadeiro “monstrengo legislativo”, eivado de
inconstitucionalidades.

3. Pelo art. 179 da CF, evidente está que caberia apenas à lei infraconstitucional a função de definir quantitativamente o que sejam microempresas e empresas de pequeno porte. Em momento algum, o constituinte delegou ao legislador comum o poder de fixação ou até mesmo de definição de atividades excluídas do benefício.

4. Não bastasse, o texto legal referido traz ainda uma evidente quebra da igualdade tributária (art. 150, inciso II da Constituição Federal).

5. 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. Muito embora não haja referência expressa nesse sentido, pode-se afirmar que a decisão ora impugnada concluiu que a atividade de escola é assemelhada à do professor. A escola para exercer sua atividade necessita um complexo de instalações, de insumos, de valores, às vezes mais expressivos que o custo da mão de obra do professor.

6. Por ocasião da Lei nº 7.256/1984, a exemplo do que ocorre hoje, em razão dos absurdos de interpretação que vinham ocorrendo, a matéria foi levada à apreciação do Conselho de Contribuintes, que decidiu favoravelmente ao enquadramento dos estabelecimentos de ensino como microempresa. As disposições contidas no art. 9º da Lei nº 9.317/1996 é praticamente “bis in idem” daquelas contidas no inciso VI, do art. 3º da Lei nº 7.256/1984.

1. 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.”

A autoridade julgadora de primeira instância manifestou-se no sentido de manter a improcedência da Solicitação de Revisão da Vedação/Exclusão pelo SIMPLES – SRS, com a ratificação do Ato Declaratório nº 157.097, expedido pela DRF/São Paulo/SP, sob o

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.899
ACÓRDÃO Nº : 303-31.437

argumento de não serem as instâncias julgadoras administrativas o foro competente para discussão de inconstitucionalidade de leis, e que a atividade desenvolvida pela interessada – por assemelhar-se à de professor, seria impeditiva da opção pelo SIMPLES.

O sujeito passivo interpôs recurso voluntário, onde, em preliminar, refuta os fundamentos de que não cabe na esfera administrativa a discussão sobre constitucionalidade de texto legal, e, no mérito, repisa os argumentos expendidos na impugnação, pugnando pela manutenção da sua inclusão no sistema de tributação simplificada, com a reforma da decisão *a quo*.

É o relatório.

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA ANA NEYLE
OLÍMPIO HOLANDA

O recurso voluntário é tempestivo e dele conheço.

A recorrente teve o seu Termo de Opção pelo SIMPLES indeferido, vez que, à data do Ato Declaratório de Comunicação de Exclusão, exercia atividade econômica não permitida para inclusão no SIMPLES.

Foram anexadas aos autos cópias apenas de uma alteração ao Contrato Social, na qual não consta o objetivo social da empresa, a fim de que se afira a atividade por esta desenvolvida.

Diante de tais fatos, e com esteio no artigo 29 do Decreto nº 70.235/72, somos pela transformação do presente voto em diligência, para que juntadas cópias do Contrato Social da recorrente e de todas as alterações posteriores porventura havidas.”

Em resposta, foram anexados os documentos de fls. 55/119, de onde se depreende que, à época da edição do Ato Declaratório em pauta, em 09/01/99, vigia a cláusula terceira conforme alteração contratual de fls. 87/92: “A Sociedade terá como objetivo ministrar ensino básico de educação infantil e fundamental, ensino médio e médio profissionalizante na faixa etária própria...”.

É o relatório 

RECURSO Nº : 127.899
ACÓRDÃO Nº : 303-31.437

VOTO

A contribuinte insurge-se contra a sua exclusão do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES.

Preliminarmente, no que tange à arguição de inconstitucionalidade do inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317/96, vale lembrar que 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), dispõe que:

"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."

Nenhuma das hipóteses do parágrafo único supratranscrito, em que seria permitido a estes julgadores deixar de aplicar a norma em virtude de inconstitucionalidade, está contemplada no presente caso.

Quanto ao argumento de que seria vedado à lei ordinária dispor sobre contribuintes tributários, tarefa cometida exclusivamente à lei complementar, lembro que não foi assim que o Supremo Tribunal Federal manifestou-se ao julgar, em 05/12/2002, improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.643-1,

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.899
ACÓRDÃO Nº : 303-31.437

impetrada pela Confederação Nacional das Profissões Liberais, cujo voto é de autoria do Ministro Maurício Correia e que está assim ementada:

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS PROFISSÕES LIBERAIS. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. LEGITIMIDADE ATIVA. PESSOAS JURÍDICAS IMPEDIDAS DE OPTAR PELO REGIME. CONSTITUCIONALIDADE. 1. Há pertinência temática entre os objetivos institucionais da requerente e o inciso XIII do artigo 9º da Lei 9317/96, uma vez que o pedido visa a defesa dos interesses de profissionais liberais, nada obstante a referência a pessoas jurídicas prestadoras de serviços. 2. Legitimidade ativa da Confederação. O Decreto de 27/05/54 reconhece-a como entidade sindical de grau superior, coordenadora dos interesses das profissões liberais em todo o território nacional. Precedente. 3. Por disposição constitucional (CF, artigo 179), as microempresas e as empresas de pequeno porte devem ser beneficiadas, nos termos da lei, pela "simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas" (CF, artigo 179). 4. Não há ofensa ao princípio da isonomia tributária se a lei, por motivos extrafiscais, imprime tratamento desigual a microempresas e empresas de pequeno porte de capacidade contributiva distinta, afastando do regime do SIMPLES aquelas cujos sócios têm condição de disputar o mercado de trabalho sem assistência do Estado. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.” (grifei)

Além disso, trata-se de aludida ofensa da lei ordinária à lei complementar.

O professor José Afonso da Silva (Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999. pp. 247/248), faz a seguinte indagação: “A lei ordinária que ofender a lei complementar é ilegal, ou inconstitucional?” e responde da seguinte forma: “Dizer que se trata de mera ilegalidade não só repugna considerar uma lei ilegal, como teríamos um modo de invalidar a lei, que goza de presunção constitucional de validade, sem a observância das regras de controle de constitucionalidade: a) exigência de maioria absoluta dos tribunais (art. 97); b) suspensividade de sua execução por resolução do Senado Federal (art. 52, X)”.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.899
ACÓRDÃO Nº : 303-31.437

Concordo com o Professor: lei ordinária que ofende uma lei complementar vulnera a própria Constituição, pois defende interesses que esta determina que sejam regulados por ela. Trata-se, então, de conflito de normas, subordinado ao princípio da compatibilidade vertical, entroncando, pois, na norma de maior superioridade hierárquica, que ficou ofendida – a Constituição. E, como já visto, a este Colegiado, regra geral, é vedado deixar de aplicar lei em virtude de inconstitucionalidade.

Por outro lado, cuida-se de exclusão de empresa do SIMPLES, tendo em vista a atividade que exerce: ensino. A contribuinte está abrangida pelo estabelecido no artigo 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/96, *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;”

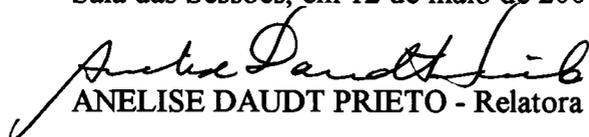
A empresa que ensina presta serviço profissional de professor. Está, portanto, incluída na vedação que consta do dispositivo em pauta.

Além disso, a Lei nº 10.340, de 24 de outubro de 2000, em seu artigo 1º, estabeleceu o seguinte: “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.”

Com tal dispositivo o legislador, ao fazer algumas exclusões às atividades dos professores abrangidas pelo inciso XIII da Lei nº 9.317/96, confirmou que as outras atividades por eles exercidas lá permaneceram embutidas. É o caso da empresa, que atua ministrando também ensino médio e médio profissionalizante.

Pelo exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 12 de maio de 2004


ANELISE DAUDT PRIETO - Relatora



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

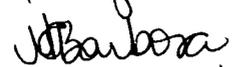
Processo nº: 10880.004621/99-99
Recurso nº: 127899

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no § 2º do art. 44 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, fica o Sr. Procurador Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à Terceira Câmara do Terceiro Conselho, intimado a tomar ciência do Acórdão nº 303-31437.

Brasília, 10/08/2004


JOAO HOLLANDA COSTA
Presidente da Terceira Câmara

Ciente em 11 de agosto de 2004.

M. Cecília Barbosa
Procuradora da Fazenda Nacional
OAB/MG 65.792