



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

Processo nº : 10880.005824/99-10
Recurso nº : 126.853
Acórdão nº : 301-32.889
Sessão de : 19 de junho de 2006
Embargante : PROCURADORIA DA FAZENDA NACIONAL
Embargada : Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes –
Acórdão nº 201-74.967 (1º CONSELHO)
Interessado : ESCOLA VALE ENCANTADO S/C. LTDA.

NORMAS PROCESSUAIS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.
São cabíveis os embargos de declaração opostos com o fim específico de sanar contradição entre a decisão proferida e seus fundamentos.

EMBARGOS ACOLHIDOS E PROVIDOS EM PARTE

Vistos, relatados e discutidos os presentes embargos de declaração interpostos por:

DECIDEM os Membros da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, acolher e dar provimento em parte aos Embargos de Declaração para rerratificar o acórdão embargado quanto a sua fundamentação mantendo a decisão prolatada, nos termos do voto do Relator.**


OTACÍLIO DANÇAS CARTAXO
Presidente


ATALINA RODRIGUES ALVES
Relatora

Formalizado em: **113 JUL 2006**

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: José Luiz Novo Rossari, Luiz Roberto Domingo, Valmar Fonsêca de Menezes, Susy Gomes Hoffmann, Irene Souza da Trindade Torres e Carlos Henrique Klaser Filho.

Processo nº : 10880.005824/99-10
Acórdão nº : 301-32.889

RELATÓRIO

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida que, a seguir, transcrevo:

“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 27 a 42), através de seu procurador, Dr. Adib Salomão, OAB/SP 82.125-A, com procuração à fl. 13 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 verdadeiro “monstro 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).

Processo nº : 10880.005824/99-10
Acórdão nº : 301-32.889

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 da escola é assemelhada a 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 a 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.

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."

Acresça-se, ainda, o seguinte:

A Delegacia de Julgamento de São Paulo, ao apreciar a impugnação, em preliminar, não conheceu das suscitadas inconstitucionalidades da lei instituidora do SIMPLES e, no mérito, indeferiu a solicitação da contribuinte, por meio da Decisão nº 1.873, de 28 de junho de 2000, cuja fundamentação base encontra-se consubstanciada na sua ementa, *verbis*:

"Ementa: SIMPLES

· Não podem optar pelo SIMPLES as pessoas jurídicas cuja atividade não esteja contemplada pela legislação de regência, tal como é o caso de prestação de serviços de professor."

Inconformada com o indeferimento de seu pleito, a contribuinte interpôs recurso voluntário de fls. 55/71 no qual repisa as alegações e argumentos de defesa expendidos na impugnação.

Em 21/06/2001, a primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, deram provimento ao recurso, por meio do Acórdão nº 201-74.967 (fls. 74/77), assim, ementado:

"SIMPLES - ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. É de competência exclusiva do Poder Judiciário a apreciação de

Processo nº : 10880.005824/99-10
Acórdão nº : 301-32.889

constitucionalidade de matéria tributária. **OPÇÃO. ESCOLAS.** Creche, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental, legalmente constituídos como pessoa jurídica, poderão optar pelo SIMPLES, conforme os ditames do art. 1º da Lei nº 10.034, de 24/10/2000. Recurso provido.”

O referido acórdão foi objeto de embargos de declaração opostos pelo i. Procurador da Fazenda Nacional (fls. 79/81), ao fundamento de que haveria contradição entre a decisão proferida e seus fundamentos, tendo em vista que o objeto social da interessada teria sido alterado de “recreação infantil” para “desenvolvimento educacional no seu campo mais amplo”, o que, na opinião do embargante, poderia abranger o ensino médio, atividade que veda a opção pelo SIMPLES.

Sustenta o embargante que se impõe a retificação do acórdão embargado para adequá-lo à realidade dos fatos e requer que os embargos sejam conhecidos e providos para extirpar a contradição apontada, julgando improvido o Recurso Voluntário apresentado.

Acolhidos os embargos, por meio do despacho de fls. 82/83, os Membros desta Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por meio da Resolução nº 301-01.244, converteram o seu julgamento em diligência à repartição de origem, para verificar “quais os cursos, com matrículas efetivas ou com matrícula em aberto, que a escola oferecia em janeiro de 1999 (data da exclusão do sistema).”

Em atendimento à diligência solicitada, foi lavrado o “Termo de Encerramento de Diligência Fiscal” (fl. 98), que é conclusivo no sentido de que *o contribuinte não exerceu no ano-calendário de 1999 qualquer atividade, inclusive de ensino médio, que estivesse fora da abrangência do art. 1º da Lei nº 10.034 de 24/10/2000.(...)”*

Também, na Informação Fiscal de fl. 100, o auditor fiscal incumbido da diligência informa que *o contribuinte disponibilizou toda a documentação solicitada e após análise da mesma, conclui que durante todo o ano-calendário de 1999, ano da exclusão do SIMPLES, não foi exercida qualquer atividade que o desenquadrasse da exceção legal descrita no art. 1º da Lei nº 10.034 de 24/10/2000, ratificado por declaração o contribuinte às fls. 97.*

É o relatório.

Processo nº : 10880.005824/99-10
Acórdão nº : 301-32.889

VOTO

Conselheira Atalina Rodrigues Alves, Relatora

Conforme relatado, retornaram os autos a esta Câmara, para exame dos Embargos de Declaração opostos pelo ilustre representante da Fazenda Nacional (fls. 79/81), com vistas a retificar o Acórdão de fls. 74/77 e julgar improvido o Recurso Voluntário apresentado, ao fundamento de que haveria contradição entre a decisão proferida e seus fundamentos, tendo em vista que o objeto social da interessada teria sido alterado de “recreação infantil” para “desenvolvimento educacional no seu campo mais amplo”, o que, na opinião do embargante, poderia abranger o ensino médio, atividade que veda a opção pelo SIMPLES.

Acolhidos os embargos, por meio do despacho de fls. 82/83, os Membros desta Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por meio da Resolução nº 301-01.244, converteram o seu julgamento em diligência à repartição de origem, para verificação *in loco* dos cursos oferecidos pela interessada em 1999 (data da exclusão do sistema).

Em atendimento à diligência solicitada, foi lavrado o “Termo de Encerramento de Diligência Fiscal” (fl. 98), que é conclusivo no sentido de que *o contribuinte não exerceu no ano-calendário de 1999 qualquer atividade, inclusive de ensino médio, que estivesse fora da abrangência do art. 1º da Lei nº 10.034 de 24/10/2000.(...)”*

Assim, não tendo exercido a interessada, no ano-calendário de 1999, qualquer atividade de ensino que a desenquadrasse da exceção legal descrita no art. 1º da Lei nº 10.034 de 24/10/2000, queda correta a conclusão do voto condutor do acórdão embargado no sentido de dar provimento ao recurso voluntário interposto.

Não obstante estar correta a conclusão do acórdão embargado, entendo que este deva ser rerratificado com vistas a inserir na sua fundamentação a apreciação concernente ao resultado conclusivo da diligência solicitada, com vistas a sanar a contradição apontada pelo embargante.

Em suma, aclarada a fundamentação do julgado, não cabe, no caso, alterar a sua conclusão, que há de ser mantida, visto que a interessada não exercia atividade impeditiva de sua opção pelo SIMPLES.

Cabe observar que, no caso, são cabíveis os embargos de declaração opostos tão somente no que concerne à finalidade específica de sanar a contradição apontada entre a decisão proferida e seus fundamentos

Processo nº : 10880.005824/99-10
Acórdão nº : 301-32.889

Pelo exposto, acolhidos os embargos, dou-lhes provimento parcial para rerratificar o acórdão embargado quanto a sua fundamentação, mantendo a sua decisão.

Sala das Sessões, em 19 de junho de 2006


ATALINA RODRIGUES ALVES - Relatora