



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº : 10880.006212/99-91
SESSÃO DE : 26 de janeiro de 2005
ACÓRDÃO Nº : 301-31.634
RECURSO Nº : 128.388
RECORRENTE : COLÉGIO SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA LTDA.
RECORRIDA : DRJ/SÃO PAULO/SP

INCONSTITUCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE
APRECIÇÃO PELA VIA ADMINISTRATIVA.

As autoridades administrativas são incompetentes para apreciar a alegação de inconstitucionalidade das leis, por se tratar de matéria de competência do Poder Judiciário, por força do disposto no art. 102, I, "a", e III, "b", da Constituição Federal.

SIMPLES. EXCLUSÃO. ATIVIDADE NÃO PERMITIDA.

A prestação do serviço de ensino de segundo grau, atividade não contemplada na regra prevista no art. 1º da Lei nº 10.034/2000, impede a opção pelo Simples.

RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Primeira 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 26 de janeiro de 2005

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO
Presidente

ATALINA RODRIGUES ALVES
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: ROBERTA MARIA RIBEIRO ARAGÃO, CARLOS HENRIQUE KLASER FILHO, JOSÉ LUIZ NOVO ROSSARI, LUIZ ROBERTO DOMINGO, VALMAR FONSECA DE MENEZES e LISA MARINI FERREIRA DOS SANTOS (Suplente). Esteve presente o Procurador da Fazenda Nacional LEANDRO FELIPE BUENO.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.388
ACÓRDÃO Nº : 301-31.634
RECORRENTE : COLÉGIO SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA LTDA.
RECORRIDA : DRJ/SÃO PAULO/SP

RELATÓRIO

No presente processo a contribuinte manifesta sua inconformidade em relação a sua exclusão do SIMPLES efetuada pelo Ato Declaratório nº 156.319/1999 (fl. 14), em virtude de exercer "*Atividade Econômica não permitida para o SIMPLES*".

Apresentada manifestação de inconformidade contra a referida exclusão (fls. 01/10), a DRF de origem manteve a exclusão sob a justificativa de que a atividade da contribuinte a impede de optar pelo SIMPLES (fl. 17/18).

Cientificada do Despacho Decisório (fl. 20), apresentou impugnação tempestiva (fls. 22/37), na qual alega, em síntese, que:

- ✓ todo ato de exclusão de direitos só pode ser efetivado após o prévio e indiscutível exercício do contraditório e da ampla defesa;
- ✓ a Constituição Federal garante ao cidadão o livre exercício de profissão e de constituir empresas, seja qual for o seu porte, garantindo, ainda, às microempresas e empresas de pequeno porte tratamento diferenciado das demais, conforme previsto no art. 179;
- ✓ o art. 179, da CF, evidencia que à lei infraconstitucional cabe apenas a função de definir quantitativamente o que sejam microempresas e empresas de pequeno porte, não delegando ao legislador comum o poder de fixar ou definir atividades excluídas do tratamento diferenciado.
- ✓ A Lei nº 9.317/1996, regulando as hipóteses e a forma para o exercício da prerrogativa constitucional, na parte que estabelece condições qualitativas e não apenas quantitativas para opção pelo regime diferenciado, certamente exorbitou, transformando-se em verdadeiro "monstrengo legislativo", eivado de inconstitucionalidades, uma vez que quebra o princípio da isonomia tributária previsto no art. 150, II, da CF;

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.388
ACÓRDÃO Nº : 301-31.634

- ✓ a atividade empresarial exercida pela impugnante é muito mais ampla que a desenvolvida pelo professor ou assemelhado, inconstitucionalmente vedada a optar pelo SIMPLES pela legislação ordinária, tendo em vista que para exercer sua atividade a escola necessita um complexo de instalações, insumos, de valores, às vezes mais expressivos que o custo da mão de obra de um professor;
- ✓ a entidade mantenedora educacional não é uma sociedade de profissionais para o exercício da profissão de professor, e, 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;
- ✓ as disposições contidas no art. 9º da Lei nº 9.317/1996 são, praticamente, "bis in idem" das contidas no inciso VI, do art. 3º da Lei nº 7.256/1984, que geraram absurdos de interpretação, a exemplo do que ocorre hoje, e, tendo sido a matéria foi levada à apreciação do Conselho de Contribuintes, este decidiu favoravelmente ao enquadramento dos estabelecimentos de ensino como microempresa, conforme acórdão 104-9.223, cuja ementa transcreve.

A DRJ/SPO-SP manteve a exclusão da contribuinte do SIMPLES, ratificando o Ato Declaratório nº 156.319, por meio da decisão nº 4.292 (fls. 48/53), cuja fundamentação base encontra-se consubstanciada na 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.

SOLICITAÇÃO INDEFERIDA"

Ressaltou a autoridade julgadora de 1ª instância, em preliminar, que não cabe ao julgador na esfera administrativa apreciar alegadas inconstitucionalidades de atos legais ou administrativos, por ser a matéria de competência exclusiva do Poder Judiciário.

Devidamente intimada da decisão de 1ª instância, a contribuinte interpõe Recurso Voluntário (fls. 56/78) no qual, em preliminar, refuta os fundamentos de que não cabe na esfera administrativa a discussão sobre constitucionalidade de texto legal, e, no mérito, repete os argumentos expendidos na

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.388
ACÓRDÃO Nº : 301-31.634

impugnação, solicitando a manutenção de sua inclusão no SIMPLES e a reforma da decisão recorrida.

Convertido o julgamento em diligência, para que fosse juntado aos autos cópias do Contrato Social da empresa e de possíveis alterações posteriores, a fim de se aferir a atividade por ela desenvolvida, vieram aos autos os documentos de fls. 83/94.

É o relatório.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.388
ACÓRDÃO Nº : 301-31.634

VOTO

O recurso é tempestivo e atende às demais condições de admissibilidade; dele, pois, tomo conhecimento.

Preliminarmente, quanto às alegações da recorrente de que a norma do art. 9º da Lei nº 9.317/96, base legal de sua exclusão do SIMPLES, é inconstitucional, por estabelecer critérios diversos daquele ditado no art. 179 e por ferir o princípio constitucional da igualdade insculpido no art. 150, inciso II, da Constituição Federal, de 1988, cumpre-nos esclarecer que a instância administrativa não possui competência legal para se manifestar sobre a inconstitucionalidade das leis, atribuição reservada ao Poder Judiciário, conforme disposto nos incisos I, "a", e III, "b", ambos do art. 102 da Constituição Federal.

No tocante ao mérito, o Ato Declaratório nº 156.319/1999 (fl. 14) excluiu a empresa do SIMPLES em virtude de exercer "atividade econômica não permitida para o SIMPLES."

Ao instituir o SIMPLES, a Lei nº 9.317, de 1996, determinou, em seu art. 9º, inciso XV:

*"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;" (destacou-se)

A atividade exercida pela empresa consta, expressamente, na cláusula segunda do "Contrato de Constituição da Escola de Educação Infantil e de 1º e 2º Grau Sérgio Buarque de Holanda Ltda" (fls. 83/85) devidamente registrado no cartório competente, em 15.03.1983, *in verbis*:

"2º: A sociedade tem por objetivo um estabelecimento de ensino com os cursos: maternal, pré-primário, 1º e 2º Grau, educação artística e musical."

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.388
ACÓRDÃO Nº : 301-31.634

Cabe ressaltar que dentre as alterações contratuais posteriores, cujas cópias foram anexadas às fls. 86/95, não foi modificado o objeto da sociedade, e, sim, a sua denominação que passou a ser “Colégio Sérgio Buarque de Holanda”.

Posteriormente à data de exclusão da empresa do SIMPLES, o art. 1º da Lei nº 10.034/2000, excepcionando a norma contida no inciso XIII do art. 9º da Lei no 9.317, de 1996, veio possibilitar o ingresso no SIMPLES das pessoas jurídicas que se dediquem, tão somente, às seguintes atividades: **creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental**, conforme transcrito:.

*“Art. 1º. 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**.” (destacou-se)*

Como visto, a recorrente não se enquadra na hipótese de excepcionalidade prevista no dispositivo legal retro transcrito, uma vez que suas atividades compreendem, além do ensino de primeiro grau, atividade ora permitida, também, as atividades de ensino de segundo grau, não permitidas para efeito de opção pelo SIMPLES.

Assim, a despeito dos argumentos expendidos em seu recurso, a recorrente, para fins de sua permanência no SIMPLES, não se encontra protegida pela legislação que rege a matéria.

Em face do exposto, rejeito a preliminar de inconstitucionalidade e, no mérito, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

Sala das Sessões, em 26 de janeiro de 2005



ATALINA RODRIGUES ALVES - Relatora