



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

PROCESSO Nº : 10880.006330/99-17
SESSÃO DE : 03 de julho de 2003
ACÓRDÃO Nº : 302-35.659
RECURSO Nº : 124.988
RECORRENTE : ESCOLA DE EDUCAÇÃO INFANTIL NOVO ÂNGULO
LTDA.
RECORRIDA : DRJ/SÃO PAULO/SP

SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E
CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE
PEQUENO PORTE – SIMPLES
CRECHES, PRÉ-ESCOLAS E ESTABELECIMENTO DE ENSINO
FUNDAMENTAL

Podem permanecer no Simples as creches, pré-escolas e estabelecimentos de
ensino fundamental que, até a edição da Lei nº 10.034/2000, não se encontravam
definitivamente excluídas do sistema (art. 1º, § 3º, da IN SRF nº 115/2000).

RECURSO PROVIDO POR UNANIMIDADE.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

Brasília-DF, em 03 de julho de 2003

HENRIQUE PRADO MEGDA
Presidente

ELIZABETH EMÍLIO DE MORAES CHIEREGATTO
Relatora

15 ABR 2004

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: LUIS
ANTONIO FLORA, MARIA HELENA COTTA CARDOZO, ADOLFO MONTELO
(Suplente *pro tempore*), SIMONE CRISTINA BISSOTO, PAULO ROBERTO
CUCO ANTUNES e LUIS ALBERTO PINHEIRO GOMES E ALCOFORADO
(Suplente). Ausente o Conselheiro PAULO AFFONSECA DE BARROS FARIA
JÚNIOR.

RECURSO Nº : 124.988
ACÓRDÃO Nº : 302-35.659
RECORRENTE : ESCOLA DE EDUCAÇÃO INFANTIL NOVO ÂNGULO
LTDA.
RECORRIDA : DRJ/SÃO PAULO/SP
RELATOR(A) : ELIZABETH EMÍLIO DE MORAES CHIEREGATTO

RELATÓRIO

Trata o presente processo de retorno de diligência.

Passo à transcrição do “Relatório” e do “Voto” da lavra da I. Conselheira Dra. Ana Neyle Olímpio Holanda, da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes (fls. 68/70).

“Relatório.

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, de 05/12/96 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 8.748/93, a contribuinte apresentou impugnação (fls. 28 a 40), através de sua procuradora, Dra. Cenise G. F. Salomão, OAB/SP nº 124.088, com procuração às fls. 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.

ELIA

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 124.988
ACÓRDÃO Nº : 302-35.659

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 traz ainda uma evidente quebra de 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 de professor. A escola para exercer sua atividade necessita um complexo de instalações, de insumos, de valores, às vezes mais expressivos do 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 7.256/1984.
7. 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."

Emulh

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 124.988
ACÓRDÃO Nº : 302-35.659

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 155.025, expedido pela DRF em São Paulo - SP, sob o 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.

A recorrente 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.”

Em seqüência, passo à transcrição do “voto” condutor da Resolução nº 202-00.252, de 24 de maio de 2001.

“Voto.

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 art. 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.”

Foram os autos encaminhados à DRF em São Paulo/SP e a empresa foi intimada a apresentar os documentos solicitados, no prazo de 30 dias.

Regularmente cientificada em 29/01/2002 (AR às fls. 74-v), a interessada não se manifestou.

EMMA

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO N° : 124.988
ACÓRDÃO N° : 302-35.659

O processo foi reencaminhado ao Segundo Conselho de Contribuintes e, por força no disposto no art. 5º da Portaria MF nº 103, de 23 de abril de 2002, foi enviado a este Terceiro Conselho.

Às fls. 79/101, a Delegacia da Receita Federal de Administração Tributária em São Paulo - DERAT encaminhou os documentos apresentados pela empresa (Contrato Social e Alterações Contratuais), solicitando sua juntada aos autos.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 124.988
ACÓRDÃO Nº : 302-35.659

VOTO

Os documentos apresentados pela Recorrente, mesmo que a destempo, cumpriram o objetivo estampado na diligência requerida pelo Segundo Conselho de Contribuintes.

Segundo o Contrato Social, às fls. 82 consta que “a sociedade objetivará a administração de ensino integrado do primeiro grau, através de profissionais devidamente habilitados, na mais estrita conformidade com a legislação específica”.

As alterações contratuais que se seguem referem-se, apenas, a mudanças de endereço e alterações das pessoas físicas integrantes da sociedade e do capital social.

Ou seja, o objetivo societário permaneceu o “ensino de primeiro grau”.

No que se refere à matéria *sub judice*, a Lei nº 10.034, de 24/10/2000, determinou, *in verbis*:

“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.”

Posteriormente, a Instrução Normativa SRF nº 115, de 27/12/2000, dispôs que:

“Art. 1º As pessoas jurídicas que se dediquem às atividades de creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental poderão optar pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES.

.....
§ 3º Fica assegurada a permanência no sistema das pessoas jurídicas, mencionadas no *caput*, que tenham efetuado a opção pelo SIMPLES anteriormente a 25 de outubro de 2000 e não foram excluídas de ofício ou, se excluídas, os efeitos da exclusão

ELMCA

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 124.988
ACÓRDÃO Nº : 302-35.659

ocorreriam após a edição da Lei nº 10.034, de 2000, desde que atendidos os demais requisitos legais.”

Assim, entendo que a Recorrente pode ser mantida no Simples, pois a atividade que exerce não mais está incluída entre as “vedações” contidas no art. 9º, da Lei nº 9.317/1996, com as alterações promovidas pela Lei nº 9.732/98.

Pelo exposto e considerando os documentos acostados aos autos em atendimento à diligência do Segundo Conselho de Contribuintes, DOU PROVIMENTO AO RECURSO, para que a empresa recorrente seja mantida no SIMPLES, desde que atendidos os demais requisitos legais para permanência no referido sistema.

O recurso é tempestivo, portanto merece ser conhecido.

Trata o presente processo, de exclusão de empresa, em 1999, do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples, com base no art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/96, tendo em vista tratar-se de escola de recreação infantil e pré-primário (contrato social de fls. 07 a 10).

Sobre o assunto, a Lei nº 10.034, de 24/10/2000, trazida à colação por ocasião do recurso, determinou, *verbis*:

“Art. 1º Ficam excetuada 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.”

Posteriormente, a Instrução Normativa SRF nº 115, de 27/12/2000, também juntada aos autos quando do recurso, estabeleceu:

“Art.1º As pessoas jurídicas que se dediquem às atividades de creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental poderão optar pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES.

.....
§ 3º Fica assegurada a permanência no sistema das pessoas jurídicas, mencionadas no *caput*, que tenham efetuado a opção pelo SIMPLES anteriormente a 25 de outubro de 2000 e não foram excluídas de ofício ou, se excluídas, os efeitos da exclusão ocorreriam após a edição da Lei nº 10.034, de 2000, desde que atendidos os demais requisitos legais.” *EMER*

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 124.988
ACÓRDÃO Nº : 302-35.659

Os dispositivos retro ensejam duas conclusões diretas, a saber:

a) a partir de 25/10/2000, todas as empresas do ramo de atividades especificadas no artigo 1º da Lei nº 10.034/2000, que ainda não tivessem optado pelo Simples, poderiam fazê-lo, desde que atendidos os demais requisitos legais;

b) as empresas que exerciam as atividades especificadas no artigo 1º da Lei nº 10.034/2000, que até 25/10/2000 estavam proibidas de optar pelo Simples, porém mesmo assim efetuaram a opção e escaparam da vigilância da Secretaria da Receita Federal, não sendo excluídas de ofício, podem permanecer no Simples, desde que atendidos os demais requisitos legais.

Não obstante, o § 3º, acima transcrito, abriga mais uma hipótese de manutenção no Simples, abrangendo as empresas que se encontravam na mesma situação das citadas no item “b”, porém não tiveram a mesma sorte que aquelas, e foram excluídas de ofício do Simples. Trata-se das empresas que:

“... se excluídas, os efeitos da exclusão ocorreriam após a edição da Lei nº 10.034, de 2000, desde que atendidos os demais requisitos legais.”

Resta perquirir sobre a abrangência do texto acima, o que requer a aplicação dos princípios de hermenêutica e, acima de tudo, da lógica e coerência, para que seja cumprida a finalidade da norma (aspecto teleológico).

Trata-se de delimitar o sentido da expressão “... os efeitos da exclusão ocorreriam após a edição da Lei nº 10.034, de 2000..”

Sobre os efeitos da exclusão do Simples, os artigos 14 e 15 da Lei nº 9.317/96, com as alterações da Lei nº 9.732/98, estatuíram, *verbis*:

“Art. 14. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:

.....
Art. 15. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 surtirá efeito:
.....

II - a partir do mês subsequente àquele em que se proceder à exclusão, ainda que de ofício, em virtude de constatação de situação excludente prevista nos incisos III a XVIII do art. 9º;”

Claro está que o termo de início do efeito da exclusão, conforme o artigo 15, acima, diz respeito ao efeito imediato, conectado à exclusão definitiva. Isto

EMCA

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 124.988
ACÓRDÃO Nº : 302-35.659

porque a Lei nº 9.317/96, em sua redação original, não admitia discussão acerca das exclusões do Simples, operadas pela autoridade administrativa.

Com o advento da Lei nº 9.732/98, que adicionou o § 3º ao art. 15 da Lei nº 9.317/96, foi assegurado ao contribuinte, nos casos de exclusão de ofício do Simples, o direito ao contraditório e à ampla defesa, conforme o rito do Decreto nº 70.235/72.

Assim, embora o art. 15 da Lei nº 9.317/96 continue determinando que a exclusão de ofício surte efeitos a partir do mês seguinte à sua ocorrência, fica implícito que a exclusão não é definitiva, nem os seus efeitos imediatos, posto que ao contribuinte é dado discutir o ato administrativo dentro do devido processo legal e, enquanto a discussão perdurar, os efeitos da exclusão não se operam na realidade fática.

Ressalte-se que a administração tributária, ao invés de optar pela aplicação do Decreto nº 70.235/72 às exclusões do Simples, poderia ter apenas possibilitado o questionamento por parte do contribuinte, sem contudo admitir a suspensão da exigibilidade dos seus efeitos, como está previsto no art. 151, inciso III, do CTN.

Retomando-se a questão da interpretação da parte final do § 3º, do art. 1º, da IN SRF nº 115/2000, cabe a indagação sobre o sentido da expressão “...os efeitos da exclusão ocorreriam após a edição da Lei nº 10.034, de 2000...”.

Nesse aspecto, é necessário que se faça a distinção entre os efeitos que se operam concretamente na realidade fática (gerados pela exclusão definitiva), e aqueles que, embora vigorando *in abstracto* desde o momento da exclusão, a sua exigibilidade permanece suspensa, por força de processo administrativo fiscal pendente de julgamento.

Uma interpretação precipitada poderia fazer supor que o texto da instrução normativa que aqui se analisa diz respeito aos dois tipos de efeitos. Nesse caso, as empresas excluídas antes de outubro de 2000, cujos efeitos da exclusão se encontrassem suspensos por força de impugnação, não poderiam permanecer no Simples.

Se fosse esta a intenção do legislador, a instrução normativa em tela estaria adotando uma postura incompatível com os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa, da presunção de inocência e do devido processo legal, posto que estaria presumindo ocorrido um efeito cuja própria causa se encontraria ainda *sub judice*. Por outro lado, a permissão para permanência no Simples seria tão restrita, que a norma teria simplesmente determinado:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 124.988
ACÓRDÃO Nº : 302-35.659

Fica assegurada a permanência no sistema das pessoas jurídicas, mencionadas no *caput*, que tenham efetuado a opção pelo SIMPLES anteriormente a 25 de outubro de 2000 e não foram excluídas de ofício, ou cuja exclusão de ofício tenha ocorrido de 1º a 24 de outubro de 2000, desde que atendidos os demais requisitos legais.

Isto porque, tendo sido a Lei nº 10.034 editada em 25/10/2000, e levando-se em conta que os efeitos da exclusão (*in concreto* e potenciais) se operam no mês seguinte à ciência do respectivo Ato Declaratório, todas as exclusões anteriores a outubro de 2000, inclusive aquelas efetuadas em setembro de 2000, teriam seus efeitos ocorridos antes da edição da citada lei, portanto as respectivas empresas não poderiam permanecer no Simples.

Destarte, analisando-se a redação da parte final do § 3º, do art. 1º, da IN SRF 115/2000, em face da possibilidade de aplicação do rito do processo administrativo fiscal às exclusões do Simples, a conclusão é de que o verbo “ocorrer” não se refere à ocorrência em potencial, suspensa a sua execução pelo devido processo legal, mas sim à ocorrência de fato, assim entendida aquela que opera transformações na realidade fática.

Tal interpretação vai ao encontro da finalidade da norma que é, em última análise, a prática da justiça, já que equipara as empresas optantes pelo Simples excluídas de ofício, com aquelas que, estando na mesma situação, não foram alvo da autoridade fiscal.

Concluindo, a empresa em tela pode ser mantida no Simples, já que, tendo sido excluída de ofício do sistema em 1999, e estando o processo de impugnação ainda pendente de julgamento, os efeitos concretos da exclusão, caso o resultado lhe fosse desfavorável, só se operariam no mundo fático após a edição da Lei nº 10.034/2000.

Vale lembrar que a IN SRF nº 115/2000 foi revogada pela IN SRF nº 34/2000, porém sem interrupção de sua força normativa (art. 42).

Diante do exposto, acompanhando a jurisprudência já consolidada nos Conselhos de Contribuintes, DOU PROVIMENTO AO RECURSO, no sentido de que seja considerado sem efeito o Ato Declaratório de exclusão do Simples, relativamente à empresa recorrente, desde que atendidos os demais requisitos legais para permanência no sistema.

Sala das Sessões, em 03 de julho de 2003



ELIZABETH EMÍLIO DE MORAES CHIEREGATTO - Relatora



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

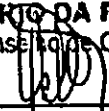
Recurso n.º : 124.988

Processo n.º : 10880.006330/99-17

TERMO DE INTIMAÇÃO

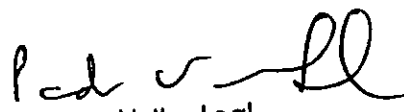
Em cumprimento ao disposto no parágrafo 2º do artigo 44 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, fica o Sr. Procurador Representante da Fazenda Nacional junto à 2ª Câmara, intimado a tomar ciência do Acórdão n.º 302-35.659.

Brasília- DF, 07/04/2004

MINISTÉRIO DA FAZENDA
MF - 3º Conselho de Contribuintes


Otacílio Dantos Cartaxo
Presidente do 3º Conselho

Ciente em: 15/04/2004, sem recurso à CSRF.


Pedro Valter Leal
Procurador da Fazenda Nacional
OAB/CE 5688