



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
PRIMEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº : 10880.006342/99-04  
SESSÃO DE : 14 de maio de 2004  
ACÓRDÃO Nº : 301-31.190  
RECURSO Nº : 125.302  
RECORRENTE : CASINHA DE BRINQUEDO BERÇÁRIO E  
RECREAÇÃO LTDA. - ME  
RECORRIDA : DRJ/SÃO PAULO/SP

SIMPLES – Atividade da empresa permitida no SIMPLES por força da Lei nº 10.034/00 com aplicação retroativa do artigo 106, II, “a” e “b” do CTN.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Primeira 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 14 de maio de 2004

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO  
Presidente

JOSÉ LENCE CARLUCI  
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: ROBERTA MARIA RIBEIRO ARAGÃO, CARLOS HENRIQUE KLASER FILHO, ATALINA RODRIGUES ALVES, JOSÉ LUIZ NOVO ROSSARI, LUIZ ROBERTO DOMINGO e VALMAR FONSECA DE MENEZES.

RECURSO Nº : 125.302  
ACÓRDÃO Nº : 301-31.190  
RECORRENTE : CASINHA DE BRINQUEDO BERÇÁRIO E  
RECREAÇÃO LTDA. - ME  
RECORRIDA : DRJ/SÃO PAULO/SP  
RELATOR(A) : JOSÉ LENCE CARLUCI

## RELATÓRIO

O contribuinte acima qualificado, mediante Ato Declaratório de emissão do Sr. Delegado da Receita Federal em São Paulo, foi excluído do SIMPLES, ao qual havia anteriormente optado, na forma da Lei nº 9.317, de 05/12/1996 e alterações posteriores.

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

O contribuinte apresentou à DRJ/São Paulo, tempestivamente, impugnação da decisão da DRF com as alegações a seguir.

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 artigo 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 "monstrengo legislativo" eivado de inconstitucionalidades.
3. Pelo artigo 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 (artigo 150, inciso II da Constituição Federal).

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 125.302  
ACÓRDÃO Nº : 301-31.190

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 microempresas. As disposições contidas no artigo 9º da Lei nº 9.317/1996 é praticamente "bis in idem" daquelas contidas no inciso VI, do artigo 3º de Lei nº 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.

A DRJ/São Paulo -- SP indeferiu o pleito, ementando, assim, sua decisão:

"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 a decisão da DRJ/São Paulo, a contribuinte, tempestivamente, interpôs recurso voluntário ao Conselho de Contribuintes, no qual reitera os argumentos expostos na impugnação, e, ainda:

- que de acordo com a CF/88, por seu artigo 179 o critério a ser utilizado para definir micro e pequenas empresas deveria ser quantitativo e não qualitativo, como determina o artigo 9º da Lei 9.317/96;

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 125.302  
ACÓRDÃO Nº : 301-31.190

- que em momento algum o Constituinte delegou ao Legislador “comum” o poder de fixação ou até mesmo de definição de atividades “excluídas” do benefício;
- que não poderia e não pode o artigo 9º da Lei nº 9.317/96 inserir no seu texto os incisos III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XVIII;
- cita Parecer Jurídico sobre o tema do Professor Ives Gandra da Silva Martins, que embasaria os argumentos do requerente;
- menciona da quebra do tratamento isonômico da igualdade tributária evocando o artigo 150 e inciso II, da Constituição Federal;
- termina citando a decisão da 4ª Câmara do Conselho de contribuintes, Acórdão 104-9.223 transcrevendo a ementa: “**MICROEMPRESA – ESTABELECIMENTO DO ENSINO ENQUADRAMENTO** - Sociedade organizada para gerir estabelecimento de ensino, com professores e auxiliares regularmente contratados, se preenchidos os requisitos do Estatuto da Microempresa- Lei 7.256/94, não pode ser desenquadrado deste regime sob o argumento de que a atividade se assemelha àquelas relacionadas no inciso VI, artigo 3º da referida lei.

É o relatório.

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 125.302  
ACÓRDÃO Nº : 301-31.190

VOTO

O Recurso Voluntário em julgamento é tempestivo e a matéria é de exclusiva competência deste E. Terceiro Conselho de Contribuintes, *ex vi* do artigo 9º inciso XVI da Portaria MF nº 9317/96, com a redação dada pela Portaria MF nº 103/02.

A celeuma instaurada resolve-se ao se determinar se o serviço que, à evidência, é prestado pela Recorrente figura no inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9317/96, o que, se confirmado, impede sua permanência no sistema simplificado preconizado pelo citado diploma legal.

Contudo, verifico neste processo que a recorrente foi excluída do SIMPLES pelo Ato Declaratório nº 151.960, de 09/01/99 da DRF/SPO (fl. 13).

À folha 17, constato que o objeto social constante da cláusula III do contrato social é “a instalação e manutenção de berçário e recreação, eventualmente outros cursos afins correlatos, decorrentes ou de qualquer modo ligados à atividade principal”.

A decisão da DRJ/SPO nº 3762 foi prolatada a 10/10/00, sob a égide da Lei nº 9.317/96, a meu ver escoreita, face à legislação aplicável aos fundamentos de direito invocados.

Porém, após o evento acima foi editada a Lei nº 10.034, de 24/10/00, segundo a qual a atividade exercida pela recorrente passou a ser excluída da vedação prevista no artigo 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/96.

Entendo que a atividade de berçários e de recreação é assemelhada à de creches e pré-escolas.

Apesar de não aduzida no recurso, não posso deixar de reconhecer a aplicação ao caso o preceito insculpido no artigo 106, inciso II, alínea “a” ou “b”, do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

“Artigo 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;

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 125.302  
ACÓRDÃO Nº : 301-31.190

- b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo.”

No caso, seria infração à Lei nº 9.317/96, permanecer no SIMPLES exercendo uma atividade vedada, cuja pena é a perda do direito aos benefícios do sistema. A lei nova de nº 10.034/00 deixou de definir esse fato como infringência a legislação citada, portanto aplicável retroativamente aos casos não definitivamente julgados, dentre os quais se amolda o deste recurso.

Assim, concluo meu voto, dando provimento ao recurso voluntário.

É como voto.

Sala das Sessões, em 14 de maio de 2004

  
JOSÉ LENCE CARLUCI - Relator