



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

Processo n° : 10880.006739/99-70
Recurso n° : 128.567
Acórdão n° : 301-31.978
Sessão de : 07 de julho de 2005
Recorrente : EDUQUE ESCOLA DE EDUCAÇÃO INFANTIL S/C
LTDA.
Recorrida : DRJ/SÃO PAULO/SP

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. Há que ser superada a nulidade da decisão administrativa proferida com preterição do direito de defesa quando, no mérito, se puder decidir em favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade.

SIMPLES. DESENQUADRAMENTO. EXERCÍCIO DE ATIVIDADES DE CRECHES, PRÉ-ESCOLAS E ESTABELECIMENTOS DE ENSINO FUNDAMENTAL A legislação vigente excetua da vedação à opção pelo SIMPLES as pessoas que se dediquem às atividades de creches, pré-escola e estabelecimentos de ensino fundamental.

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.

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO
Presidente

IRENE SOUZA DA TRINDADE TORRES
Relatora

Formalizado em: 25 AGO 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: José Luiz Novo Rossari, Luiz Roberto Domingo, Valmar Fonsêca de Menezes, Atalina Rodrigues Alves, Susy Gomes Hoffmann e Carlos Henrique Klaser Filho.

RELATÓRIO

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, o qual passo 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 05/12/1996 e alterações posteriores.

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

O contribuinte apresentou impugnação (fls. 26 a 41), através de seu procurador, com procuração à fl. 12, 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 “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).

Processo nº : 10880.006739/99-70
Acórdão nº : 301-31.978

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.*

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 Delegacia de Julgamento proferiu decisão (fls. 52/57), nos termos da ementa adiante transcrita:

"Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples

Ano-calendário: 1999

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"

Irresignada, a contribuinte apresentou recurso voluntário a este Colegiado (fls. 60/72), onde repisa os argumentos expendidos na peça impugnatória, aduzindo, em suma, que:

Processo nº : 10880.006739/99-70
Acórdão nº : 301-31.978

- a esfera administrativa tem o dever de apreciar discussões sobre constitucionalidade de leis;

- a Lei nº. 9.317/96 é inconstitucional, em razão do que dispõe o art. 179 da Constituição Federal, devendo limitar-se à definição quantitativa do que seriam microempresa e empresa de pequeno porte, não encontrando respaldo, portanto, para fixar ou definir as atividades que estariam excluídas do benefício;

- a Lei nº. 9.317/96 fere frontalmente o princípio constitucional da isonomia, vez que pratica discriminação tributária em virtude da atividade exercida pela empresa; e que

- a atividade empresarial exercida pela prestadora de serviços educacionais é muito mais ampla que a desenvolvida pelo professor ou assemelhada, sendo, portanto, diferente desta, razão pela qual não se enquadraria no inciso XIII do art. 9º da Lei 9.317/96.

Ao final, pede seja declarado insubsistente o ato de exclusão e mantida a sua opção pelo SIMPLES.

Vindos os autos para este Conselho de Contribuintes, a Primeira Câmara do Segundo Conselho converteu o julgamento em diligência, para que fossem juntadas cópias do contrato social e alterações posteriores.

Cumprida a diligência, retornam os autos para este Colegiado.

É o relatório.

Processo nº : 10880.006739/99-70
Acórdão nº : 301-31.978

VOTO

Conselheira Irene Souza da Trindade Torres, Relatora

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade, razão porque dele conheço.

DA NULIDADE DO ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO

Insurge-se a recorrente contra decisão da DRJ/São Paulo, a qual indeferiu seu pedido de permanência no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, em razão de exercer “**atividade econômica não permitida para o SIMPLES**”, conforme consta do Ato Declaratório de exclusão nº 153.061 (fl. 15)

Já é cediça a posição deste Colegiado de que referido documento, aduzindo tal motivação como fundamento para exclusão da reclamante do SIMPLES, é eivado de nulidade, vez que representa cerceamento do direito de defesa da contribuinte, **em função de não lhe haver sido dado pleno conhecimento das circunstâncias fáticas que a levaram à referida exclusão**, porquanto a autoridade administrativa não lhe haver explicitado, especificamente, os motivos ensejadores da exclusão em comento, mas tão-somente ter indicado, de forma ampla e genérica, o exercício de alguma atividade econômica não permitida para o Simples, sem que fosse indicado, precisamente, qual atividade seria. Em assim procedendo, contrariou a legislação de regência do Sistema Integrado de Pagamentos, mais precisamente o art. 15, §3º da Lei 9.317/96, transcrito a baixo:

“§ 3º A exclusão de ofício dar-se-á mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo.”

Entretanto, tal nulidade há de ser superada, com fundamento no que dispõe o §3º do art. 59 do Decreto nº. 70.235/72, a seguir transcrito:

“Art. 59. (...)

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.”

Processo nº : 10880.006739/99-70
Acórdão nº : 301-31.978

DA ATIVIDADE EXERCIDA PELA CONTRIBUINTE

Em diligência efetuada pela autoridade fiscal (fl.88/111), ficou constatado que a reclamante dedica-se exclusivamente às atividades de educação pré-escolar.

Assim, apreciando o mérito da questão posta em litígio, temos que a Lei nº 10.034/2000, em seu artigo 1º, determinou sejam excetuadas, da vedação do inciso XIII do art. 9º acima citado, as pessoas jurídicas que tenham atividades de creche, pré-escola e estabelecimento de ensino fundamental. No mesmo diapasão é a Instrução Normativa SRF n.º 34, de 30/03/2004, que assim dispõe:

Art. 20. Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

(...)

XII – 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.

(...)

§ 5º O disposto no inciso XII não se aplica às atividades de creche, pré-escola e estabelecimento de ensino fundamental.

(grifo não constante do original)

Desta forma, pelos dispositivos legais acima citados, **a atividade exercida pela recorrente está excepcionada da vedação estabelecida no artigo 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/96, devendo, pois, ser mantida sua opção pelo SIMPLES.**

Resta, ainda, estabelecer o alcance dos efeitos da lei no tempo, ou seja, estabelecer se o dispositivo da Lei nº. 10.034/200, que excepcionou a recorrente dos casos de vedação do SIMPLES, tem efeito retroativo.

Para deslindar tal questão, valho-me do Voto proferido pela eminente Conselheira ATALINA RODRIGUES ALVES, por ocasião do julgamento do Recurso nº. 125.097, que, pela similitude dos fatos, adoto como razões de decidir, transcrevendo-o adiante, em excertos:

Processo nº : 10880.006739/99-70
Acórdão nº : 301-31.978

“No mérito, a contribuinte foi excluída do SIMPLES pelo Ato Declaratório nº 143.277/99, (fl. 04), por “importação efetuada pela empresa, de bens para comercialização”.

Ao apreciar a impugnação apresentada pela interessada contra o ato declaratório, a DRJ/São Paulo-SP concluiu que a legislação em vigor à época da exclusão não amparava a pretensão da interessada e manteve a sua exclusão do SIMPLES.

De acordo com a decisão recorrida, a revogação do dispositivo legal que fundamentou a exclusão da contribuinte do SIMPLES, pelo inciso IV do art. 47 da Medida Provisória nº 1991-15/2000, não beneficiaria a interessada, por entender não ser cabível a sua aplicação retroativa, com base na parte final da alínea “b” do inciso II, do art. 106, do CTN.

No presente caso, há que se considerar que o ato declaratório de exclusão não era definitivo por ocasião da revogação do dispositivo legal que embasou o motivo da exclusão, seja o previsto no inciso XI ou no inciso XII, “a”, do art. 9º da Lei nº 9.317, de 1996. Ressalte-se que, tendo sido impugnado o ato declaratório na esfera administrativa, apenas com o trânsito em julgado da decisão administrativa que o declarar válido ele torna-se definitivo.

Ressalte-se, ainda, que sendo pressuposto do ato declaratório o motivo de fato que o autoriza, o qual deverá estar previsto em lei, revogada a norma jurídica que previa a hipótese de exclusão do SIMPLES, a ocorrência do fato deixa de ser causa ou motivo da exclusão por deixar a nova lei de tratá-lo como tal.

Sobre a aplicação da lei, assim dispõe o art. 106, do CTN, in verbis:

“Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

II- tratando-se de ato não definitivamente julgado:

quando deixe de defini-lo como infração;

quando deixe de trata-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;

quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática.” (destacou-se)

Processo nº : 10880.006739/99-70
Acórdão nº : 301-31.978

Assim, considerando que o ato declaratório de exclusão não era definitivo por ocasião da entrada em vigor da Medida Provisória nº 1991-15/2000, fica assegurada a permanência da recorrente no sistema, tendo em vista a norma vigente que lhe é mais benigna, uma vez que deixou de definir como atividade impeditiva de opção pelo SIMPLES a apontada no Ato Declaratório nº (...)”.

(sublinhei)

Por todo o exposto, **DOU PROVIMENTO AO RECURSO** para declarar insubsistente o ato de exclusão e manter a opção da contribuinte pelo SIMPLES. Deixo de apreciar a inconstitucionalidade alegada pela recorrente por entender que tal questão encontra-se prejudicada.

Sala das Sessões, em 07 de julho de 2005



IRENE SOUZA DA TRINDADE TORRES - Relatora