



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

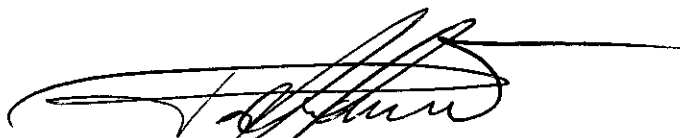
PROCESSO Nº : 10880.006741/99-11
SESSÃO DE : 20 de outubro de 2004
RECURSO Nº : 124.613
RECORRENTE : ESCOLA DE PRIMEIRO GRAU EXODO S/C. LTDA.
RECORRIDA : DRJ/SÃO PAULO/SP

R E S O L U Ç Ã O Nº 302-1.167

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

RESOLVEM os Membros da Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, converter o julgamento em diligência à Repartição de Origem, argüida pelo Conselheiro Walber José da Silva, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencido o Conselheiro Paulo Affonseca de Barros Faria Júnior, relator.

Brasília-DF, em 20 de outubro de 2004



PAULO ROBERTO CUCCO ANTUNES
Presidente em Exercício



WALBER JOSÉ DA SILVA
Relator Designado

20 DEZ 2004

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: LUIS ANTONIO FLORA, MARIA HELENA COTTA CARDOZO, LUIS ALBERTO PINHEIRO GOMES E ALCOFORADO (Suplente) e LUIZ MAIDANA RICARDI (Suplente). Ausentes os Conselheiros HENRIQUE PRADO MEGDA e SIMONE CRISTINA BISSOTO.

RECURSO Nº : 124.613
RESOLUÇÃO Nº : 302-1.167
RECORRENTE : ESCOLA DE PRIMEIRO GRAU EXODO S/C. LTDA.
RECORRIDA : DRJ/SÃO PAULO/SP
RELATOR(A) : PAULO AFFONSECA DE BARROS FARIA JÚNIOR
RELATOR DESIG. : WALBER JOSÉ DA SILVA

RELATÓRIO

Visando maior clareza, transcrevo a decisão de 1ª Instância (fls. 48/52) deste feito, por trazer uma sucinta descrição do litígio e mostrar os fundamentos do decisum de 29/09/2000.

“O contribuinte acima qualificado, mediante Ato Declaratório (nº 161.003) de emissão do Sr. Delegado da Receita Federal em São Paulo, (datado de 09/01/99, fls.18,) 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.

Insurgindo-se contra a referida exclusão, o interessado apresentou Solicitação de Revisão da Exclusão, junto à DISIT da Delegacia da Receita Federal/SP, que se manifestou pela improcedência da mesma (fls. 2 1/22).

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. 26/27 e 29/41), através de seu procurador, com procuração à fls. 12, alegando, em síntese:

1. Não há qualquer menção ao dispositivo legal infringido ou restritivo à opção realizada;

2. 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;

3. 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;

RECURSO Nº : 124.613
RESOLUÇÃO Nº : 302-1.167

4. 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;

5. Não bastasse, o texto legal referido traz ainda uma evidente quebra da igualdade tributária (art. 150, inciso II, da Constituição Federal);

6. 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;

7. 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 nº 7.256/1984;

8. 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.

FUNDAMENTAÇÃO

PRELIMINAR

O impugnante se insurge contra a sua exclusão do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, classificando de inconstitucional o art. 9º da Lei nº 9.317, de 05/12/1996. No entanto, não cabe à esfera administrativa apreciar alegadas inconstitucionalidades de atos legais ou administrativos. É competência desse órgão julgador tão somente decidir sobre a manutenção ou exoneração dos lançamentos, bem como o deferimento ou não de solicitações feitas à administração tributária, com base na legislação pertinente, neste caso em relação ao SIMPLES. A arguição de inconstitucionalidade é competência exclusiva do Poder Judiciário.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 124.613
RESOLUÇÃO Nº : 302-1.167

No tocante à inconstitucionalidade de leis, cumpre citar os ensinamentos de Tito Rezende, expostos no Parecer Normativo CST nº 329/1970, publicado no DOU, em 21/10/1970:

É princípio assente, e com muito sólido fundamento lógico, o de que os órgãos administrativos em geral não podem negar aplicação a uma lei ou um decreto, porque lhes pareça inconstitucional. A presunção natural é que o Legislativo, ao estudar o projeto de lei, ou o Executivo, antes de baixar o decreto, tenham examinado a questão da constitucionalidade e chegado à conclusão de não haver choque com a Constituição: só o Poder Judiciário é que não está adstrito a essa presunção e pode examinar novamente a questão.

MÉRITO

1) Enquadramento no Sistema Tributário do SIMPLES

O impugnante se opõe a sua exclusão do SIMPLES, alegando que a proibição contida no inciso XIII, do art. 9º da Lei nº 9.317, de 05/12/1996, citado no Ato Declaratório nº 161.003, fls. 18, refere-se à sociedade de profissão legalmente regulamentada.

Acredita a instituição que foi excluída do SIMPLES por ter sido considerada uma sociedade civil de profissão regulamentada, a quem a Lei nº 9.317/1996 veda a opção pelo referido sistema e, por não se enquadrar como tal, faria jus à opção efetuada.

O contribuinte não é e não foi considerado sociedade de profissão legalmente regulamentada, e foi excluído do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte — SIMPLES, com fulcro no inciso XIII, do art. 90 da Lei nº 9.317, de 05/12/1996, que dispõe:

“Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

(...)

XIII - que preste serviços profissionais de... professor ... ou assemelhados, e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida.”

Pela transcrição acima, verifica-se que o termo “assemelhados”, consta da redação do texto legal e deve ser entendido como qualquer atividade de prestação de serviço que tem similaridade ou semelhança com as atividades

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 124.613
RESOLUÇÃO Nº : 302-1.167

enumeradas no referido dispositivo legal, vale dizer, a lista das atividades ali elencadas não é exaustiva.

Dispondo sobre um tratamento favorecido de exigência de tributos, a lei indica expressamente quais os tipos de serviços prestados pelas empresas que não poderiam optar pelo SIMPLES, a fim de evitar quaisquer dúvidas. Assim, as pessoas jurídicas, como a impugnante, que têm como atividade a prestação de serviços de professor, não podem optar pelo aludido sistema, pois estão proibidas por dispositivo expresso da Lei.

No caso, afigura-se irrelevante o fato de que os serviços educativos se refiram ao ensino de curso regulamentar ou de curso livre, mediante a contratação de professores ou professores autônomos.

Alega o contribuinte que o texto e o conteúdo da lei do SIMPLES é o mesmo da Lei nº 7.256/1984 que regulamentava os benefícios legais referentes à microempresa. Assim, a jurisprudência administrativa relativa ao enquadramento do estabelecimento de ensino como microempresa também deve prevalecer.

Em que pese a jurisprudência administrativa citada pelo impugnante, os acórdãos prolatados pelos Conselhos de Contribuintes não têm efeito vinculante em relação às decisões proferidas pelas Delegacias de Julgamento da SRF, tendo validade somente inter partes. Cabe esclarecer, inclusive, que a Lei nº 9.317/1996 revogou o art. 3º da Lei nº 7.256/1984, tendo sido esta, integralmente revogada pela Lei nº 9.841, de 05/10/1999.

2) Princípio Constitucional da Isonomia

O interessado alega que a sua exclusão do sistema SIMPLES infringe o Princípio Constitucional da Isonomia, disposto no art. 150, inciso I, da CF. No entanto, tal alegação não pode prosperar. O tributarista Hugo de Brito Machado, no compêndio "Curso de Direito Tributário", assim discorre sobre o tema:

(omissis)

Assim, se qualquer pessoa jurídica prestar serviço profissional de professor ou assemelhado ficará sujeito, também, à exclusão do SIMPLES, assim como ocorrido com o interessado.

O impugnante argumenta, também, que o art. 179 da Constituição Federal, que assegura tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, não possibilita qualquer discriminação por conta da atividade a ser explorada. No entanto, não cabe razão ao impugnante ao alegar que a Lei nº 9.317/1996 distingue as empresas em virtude do seu objeto social. A lei que instituiu

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 124.613
RESOLUÇÃO Nº : 302-1.167

o SIMPLES, foi responsável pela regulamentação do tratamento diferenciado, simplificado e favorecido, aplicável às microempresas e as empresas de pequeno porte, relativamente aos impostos e às contribuições.

Diante do exposto, conclui-se que a legislação em vigor não ampara a pretensão da impugnante, devendo a presente solicitação ser indeferida.

CONCLUSÃO

Com base na análise do mérito acima concluída e nos fundamentos legais elencados, indefiro a solicitação para cancelamento da exclusão da ESCOLA DE PRIMEIRO GRAU EXODO S/C LTDA., do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte — SIMPLES.

ORDEM DE INTIMAÇÃO

Encaminhe-se o processo à DRF/SP/DISAR/ECCOB, para dar ciência dessa decisão a interessada, facultando-lhe a apresentação de recurso ao Segundo Conselho de Contribuintes no prazo de 30 (trinta) dias, como assegurado pelo artigo 3º da Lei nº 9.732/1998 (RIR/99, art. 196, parágrafo único)."

Informo que à fls. 54 existe um Comunicado da DRF/SP dirigido à Recte. juntando a decisão da DRJ para ciência dela, dizendo que, decorridos 30 dias do recebimento desse Comunicado, sem que haja interposição de recurso, o processo será arquivado pelo prazo de cinco anos.

Após o oferecimento do Recurso Voluntário, surge à fls. 69 despacho do Sr. Chefe da DISAR/ECCOB da DRF/SP que diz: "Tendo em vista a regularização efetuada conforme solicitação constante a fl. 54, proponho o encaminhamento do presente processo a DRJ/SECAV/SP, para prosseguimento."

Como já afirmado, foi apresentado Recurso Voluntário de fls. 56 a 68, que leio em Sessão, no qual são repetidas as alegações anteriormente trazidas aos Autos.

O processo foi encaminhado ao 2º Conselho, que o reenviou a este 3º Conselho, o qual foi distribuído a este Relator, nada mais havendo nos Autos a respeito do litígio.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 124.613
RESOLUÇÃO Nº : 302-1.167

VOTO VENCEDOR

Trata a presente lide de exclusão da recorrente da sistemática do SIMPLES por exercício de atividade econômica não permitida para o sistema.

Sobre a alegação de que a atividade de ensino não se equipara à de professor, este Colegiado tem, reiteradamente, decidido em sentido contrário.

Corroborando este entendimento, foi editada a Lei nº 10.034/2000, cujo artigo 1º excluiu da restrição de que trata o inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/96, as pessoas jurídicas que se dediquem às atividades de creches, pré-escolas e ensino fundamental, *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.

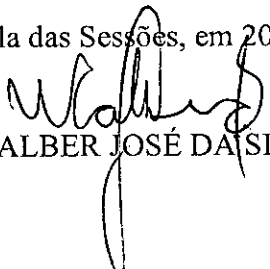
A prova de que as atividades desenvolvidas pela Recorrente, na data da expedição do Ato Declaratório, ou seja, 09/01/99, é o Aditivo ao Contrato Social, datado de 15/09/94 – fls. 13/17. Não há informação se houve outras alterações no Contrato Social depois de 15/09/94.

Pelas razões acima expostas, fica claro que os elementos contidos nos autos não são suficientes para apurar a real atividade econômica da Recorrente na data da expedição do Ato Declaratório de exclusão, razão pela qual levanto a preliminar de diligência, para se colher as informações abaixo indicadas.

EX POSITIS, e por tudo o mais que do processo consta, voto no sentido de converter o julgamento em diligência à repartição de origem para diligenciar no estabelecimento da Recorrente com o objetivo de apurar se a mesma, na data da exclusão do SIMPLES, exercia única e exclusivamente as atividades de creche, pré-escola ou de ensino fundamental, a que se refere o artigo 1º da Lei nº 10.034/00. Juntar cópia de eventual alteração ao Contrato Social ocorrida no período compreendido entre 15/09/94 e 09/01/99.

Concluso, retornem-se os autos a esta Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes.

Sala das Sessões, em 20 de outubro de 2004


WALBER JOSÉ DA SILVA – Relator Designado

RECURSO Nº : 124.613
RESOLUÇÃO Nº : 302-1.167

VOTO VENCIDO

Conheço do Recurso por apresentar condições de admissibilidade.

Reza o Art. 9º, XIII, da Lei 9317/1996 que não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica que preste serviços profissionais, entre diversos outros mencionados, de professor ou assemelhados, fundamento do Ato Declaratório Executivo que determinou a exclusão da empresa.

A Lei 10034/2000, em seu Art 1º diz:

“Ficam excetuadas da restrição de que trata o inciso XIII do art. 9º da Lei 9317, de 05 de dezembro de 1996, as pessoas jurídicas que se dediquem às seguintes atividades: creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental.”

No contrato social juntado aos Autos, alterado em 15/09/1994, fls. 13/17, na cláusula III é falado: “A sociedade passa a ter por objetivo social, o ensino maternal e pré primário dirigido a crianças em fase preparatória para o curso do primeiro grau e ensino de primeiro grau”.

Nessa alteração é feita uma consolidação desse Contrato Social e em sua cláusula III é inserido esse novo objetivo social descrito no parágrafo anterior.

Assim, verifica-se que a sociedade recorrente está perfeitamente enquadrada no disposto no Art. 1º da Lei 10034/2000, estando, pois, incluída nas exceções previstas às atividades escolares que podem ser inseridas no SIMPLES.

Face ao exposto, dou provimento ao Recurso.

Sala das Sessões, em 20 de outubro de 2004



PAULO AFFONSECA DE BARROS FARIA JÚNIOR Conselheiro