



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

PROCESSO Nº : 10880.007379/2002-44
SESSÃO DE : 09 de julho de 2004
ACÓRDÃO Nº : 302-36.274
RECURSO Nº : 127.230
RECORRENTE : BRASIL SAPIENTA LTDA.
RECORRIDA : DRJ/SÃO PAULO/SP

SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE – SIMPLES

INCONSTITUCIONALIDADE - É vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação, em virtude de inconstitucionalidade, de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo em vigor, salvo nos casos especificados (art. 22-A do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, com a redação dada pela Portaria MF nº 103/2002).

INDEFERIMENTO DE INCLUSÃO POR ATIVIDADE ECONÔMICA - Não podem optar pelo Simples as pessoas jurídicas cuja atividade não esteja abrangida pela legislação de regência.

O inciso XIII, do art. 9º, da Lei nº 9.317/1999 veda que optem pelo Simples as pessoas jurídicas que prestem serviços profissionais de professor ou que desenvolvam atividades assemelhadas, como é o caso da Recorrente.

NEGADO PROVIMENTO POR UNANIMIDADE.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Segunda 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 09 de julho de 2004

HENRIQUE PRADO MEGDA
Presidente

ELIZABETH EMÍLIO DE MORAES CHIEREGATTO
Relatora

02 DEZ 2004

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: LUIS ANTONIO FLORA, MARIA HELENA COTTA CARDOZO, PAULO AFFONSECA DE BARROS FARIA JÚNIOR, WALBER JOSÉ DA SILVA, PAULO ROBERTO CUCCO ANTUNES e LUIS ALBERTO PINHEIRO GOMES E ALCOFORADO (Suplente). Ausente a Conselheira SIMONE CRISTINA BISSOTO. Esteve presente o Procurador da Fazenda Nacional PEDRO VALTER LEAL.

RECURSO Nº : 127.230
ACÓRDÃO Nº : 302-36.274
RECORRENTE : BRASIL SAPIENTA LTDA.
RECORRIDA : DRJ/SÃO PAULO/SP
RELATOR(A) : ELIZABETH EMÍLIO DE MORAES CHIEREGATTO

RELATÓRIO

A empresa acima identificada recorre a este Conselho de Contribuintes, de decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo/SP.

DO PEDIDO DE INCLUSÃO NO SIMPLES

A interessada solicitou sua inclusão no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples, a qual, analisada em 14/01/2002, foi indeferida pela Delegacia da Receita Federal em São Paulo em razão de “CNAE – Fiscal não permitida”, conforme mensagem que lhe foi encaminhada via “Internet” (fl. 16).

DA SOLICITAÇÃO DE REVISÃO DO INDEFERIMENTO DA INCLUSÃO.

Inconformada com o indeferimento do pleito, a empresa, por procurador legalmente constituído (instrumento à fl. 15), protocolizou, em 01/04/2002, o requerimento de fls. 01/13, apresentando as razões que leio em Sessão, para o mais completo conhecimento de meus I. Pares.

DA INTIMAÇÃO PROMOVIDA PELA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA EM SÃO PAULO.

Face ao requerimento oferecido, a Delegacia da Receita Federal de Administração Tributária em São Paulo intimou a contribuinte a apresentar os documentos indicados à folha 20, para formalização do respectivo processo, quais sejam: Certidão Negativa de Débitos ou Certidão Positiva de Débitos com Efeitos de Negativa com exigibilidade suspensa) do INSS; Certidão Negativa de Débitos ou Certidão Positiva de Débitos constando ressalva (com exigibilidade suspensa) da PGFN da empresa; Contrato Social da empresa e suas alterações, onde conste os objetivos sociais; Declaração do representante da empresa com firma reconhecida informando quais os tributos que a empresa está obrigada (Ex: ISS, ICMS, IPI, ...) e seu porte.

Regularmente cientificada em 08/07/2002 e após ter requerido prazo suplementar de 30 dias (fl. 22), a empresa, em 21/08/2002, requereu a juntada dos

RECURSO Nº : 127.230
ACÓRDÃO Nº : 302-36.274

documentos solicitados (fls. 24/48), com exceção das Certidões Negativas de Débitos, por inadimplência junto aos órgãos, devida a sua situação econômico-financeira. À fl. 47 consta Certidão Negativa do INSS, emitida em 03/11/1999, com validade de 30 dias, portanto "sem efeito" para o fim desejado.

DO ACÓRDÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Em 06 de novembro de 2002, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo/ SP manteve o indeferimento da não inclusão da empresa do Simples, exarando o Acórdão DRJ/SPOI Nº 01.974 (fls. 52/57), assim ementado:

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

Ano-calendário: 2002

Ementa: SIMPLES - VEDAÇÃO – Tratando-se de escola de nível médio fica mantida a vedação de optar pelo Simples a ela imposta pela DRF jurisdicionante.

Solicitação Indeferida."

DO RECURSO AO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Cientificada da decisão de primeira instância em 25 de novembro de 2002 (AR à fl. 58), a interessada apresentou por seu procurador, em 03/12/2002, tempestivamente, o recurso de fls. 60/79, expondo as seguintes razões de defesa:

1) Preliminarmente, refutou o fundamento constante da decisão *a quo* de que não cabe, na esfera administrativa, a discussão sobre a constitucionalidade de texto legal, face ao disposto no art. 5º, inciso LV, da Constituição de 1988. Transcreve doutrina sobre o direito à ampla defesa e sobre a subordinação do agente público à concretização dos valores jurídicos fundamentais.

Salienta que o cumprimento de ordem hierárquica manifestamente ilegal não exime o funcionário do ônus da responsabilidade criminal, nos termos do disposto no art. 22 do Código Penal Brasileiro, reiterando as razões de ordem constitucional apresentadas em sua defesa exordial e não examinadas.

2) Das Inconstitucionalidades da Lei nº 9.317/96: A matéria abordada pelo art. 9º da referida Lei é manifestamente

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.230
ACÓRDÃO Nº : 302-36.274

inconstitucional, pois, conforme o art. 179 da CF/88, à Lei infraconstitucional caberia, apenas, definir quantitativamente o que sejam microempresas e empresas de pequeno porte, as quais terão tratamento diferenciado, mediante a simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias.

Afirma que em nenhum momento o Constituinte delegou ao Legislador “comum” o poder de fixação ou até mesmo de definição de atividades “excluídas” do benefício.

Transcreve Parecer Jurídico específico sobre o tema em questão, da lavra de Ives Gandra da Silva Martins (fls. 65/67).

3) Da Quebra do Tratamento Isonômico – Da Igualdade Tributária: transcrevendo o art. 150 e seu inciso II, da CF, bem como doutrina sobre o Princípio da Igualdade Tributária, ressalta que a discriminação tributária em virtude da atividade exercida pela empresa fere frontalmente o Princípio Constitucional da Igualdade.

4) Da Atividade Assemelhada da Escola e Professor: destaca que 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.

Para o exercício da atividade escola, é indispensável a contratação de professores, bem como de pessoal de limpeza e manutenção, bibliotecários, equipe técnica-administrativa, pedagogos, psicólogos, seguranças, entre outros.

A escola não se resume à atividade do professor, nem o professor à atividade da escola. Par exercer sua atividade, a escola necessita um complexo de instalações, de insumos, de valores, às vezes mais expressivos que o custo da mão de obra do professor.

Toda legislação ordinária que procurou traçar “parâmetros” de fixação de “encargos educacionais”, desde o ano de 1.969 (DL nº 532/69, Lei nº 8.170/91 e diversas Medidas Provisórias, entre elas a de nº 1.477, reeditada aproximadamente 50 vezes), estabeleceu de forma clara os componentes de custos destas empresas (fl. 70).

EMLA

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.230
ACÓRDÃO Nº : 302-36.274

O próprio Conselho Federal de Educação, à época, hoje Conselho Nacional de Educação, dispôs sobre a matéria.

A escola, além de contratar professores, presta vários outros serviços, que envolvem diversos tipos de profissionais. Assim, presta o serviço de matrícula, através do departamento denominado Secretaria Escolar, exercida por pessoas que tenham cursos de Administração Escolar, com habilitação legal totalmente distinta da do professor; presta o serviço de “estágios obrigatórios”, que enseja convênios, onerosos ou não, com empresas, o qual exige a contratação de técnicos em diferentes temas; para a utilização de laboratórios, precisa efetuar grandes investimentos; existe, ainda, a “biblioteca”, necessária para autorizar o funcionamento de um curso e que em nada se assemelha à atividade de professor.

Assim, a escola não pode ser considerada como “assemelhada à atividade de professor”.

A vedação contida no inciso VI, do art. 3º, da Lei nº 7.256/84, não atinge, portanto, a entidade “escola”, sendo que as disposições contidas no art. 9º da Lei nº 9.317/96 são, praticamente, as mesmas do citado artigo.

Transcreve ementa de Acórdão da Quarta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes que respalda seu entendimento.

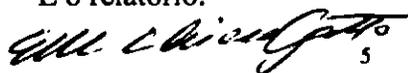
5) Insiste em que a Entidade Mantenedora Educacional não é uma sociedade de profissionais para o exercício da função de professor, mas uma sociedade de empresários, sem exigência de qualificação profissional, livre para contratar profissionais devidamente qualificados e habilitados para o exercício de suas profissões.

6) Finaliza solicitando o provimento do recurso interposto, tornando-se “insubsistente o ato de exclusão e mantida a opção feita”.

À fl. 75 consta o envio do processo ao Segundo Conselho de Contribuintes e à fl. 76 seu encaminhamento para este Terceiro Conselho, por força do disposto no art. 5º da Portaria MF nº 103, de 23/04/2002.

O processo foi distribuído a esta Conselheira, numerado até as fls. 77 (última), que trata do trâmite dos autos no âmbito deste Conselho.

É o relatório.


5

RECURSO Nº : 127.230
ACÓRDÃO Nº : 302-36.274

VOTO

O recurso é tempestivo, portanto merece ser conhecido.

Inicialmente, cabe ressaltar que o processo *sub judice* não se refere à “exclusão de empresa do Simples”, mas, sim, ao “indeferimento de Pedido de Inclusão”, embora, no mérito, ambas as situações envolvam as mesmas variáveis de análise.

O Pedido de Inclusão foi indeferido, com base no art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/96, em razão da atividade econômica desenvolvida pela empresa, qual seja, a prestação de serviços de “ensino em todos os níveis – culturais e técnicos”, conforme “Contrato por Quotas de Responsabilidade Limitada” à fl. 34, datado de 22/08/1968 e registrado no Registro de Pessoas Jurídicas em 27/08/1968.

No requerimento protocolizado em razão do indeferimento de seu “Pedido de Inclusão”, a Interessada apresentou argumentos procurando comprovar: (a) que a opção pela forma de tributação pelo Simples é permitida a todas as microempresas e pequenas empresas, desde que faturem até o limite estabelecido na lei (condições quantitativas e não qualitativas); (b) que é flagrante a inconstitucionalidade do artigo 9º da Lei nº 9.317/96 por contrariar frontalmente o art. 150, inciso II, o artigo 179 e o artigo 5º, todos da Constituição Federal; (c) que, mesmo desconsiderando a inconstitucionalidade, o art. 9º, inciso XIII, não lhe pode ser aplicado, por tratar-se de empresa que vende serviços, e não de professor, atividade autônoma de lecionar; (d) apontando que a atividade escola não pode ser equiparada à de professor e que os proprietários da prestadora de serviços educacionais não precisam possuir qualquer habilitação profissional, não podendo, portanto, ser considerados assemelhados a professores, requer sua inscrição no Sistema Simples de Tributação.

No recurso interposto, a Empresa reprisa as razões apresentadas em sua defesa exordial, principalmente no que se refere às inconstitucionalidades contidas no art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/96, argumentando não ser pertinente não poder optar pelo SIMPLES, face às disposições contidas nos artigos 179, 150 e seu inciso II, e 5º, todos da Constituição Federal de 1988.

Procura, insistentemente, demonstrar que a atividade “Escola” não é assemelhada a de “Professor”, razão pela qual, no seu entendimento, não lhe pode ser vedada sua inclusão no Simples.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.230
ACÓRDÃO Nº : 302-36.274

Quanto às "inconstitucionalidades" da Lei nº 9.317/96, transcrevo excerto do voto proferido pela D. Conselheira Maria Helena Cotta Cardozo, com referência ao Recurso nº 125.096, Acórdão nº 302-35.553:

"Esclareça-se, de plano, que a discussão sobre a suposta inconstitucionalidade de leis ou atos normativos está reservada ao Poder Judiciário, conforme disposição da própria Constituição Federal, em seu art. 102, inciso I, alínea "a", que trata do controle concentrado de constitucionalidade, sem prejuízo do controle difuso, que pode ser exercido por qualquer juiz.

Nesse passo, convém trazer à colação o art. 5º da Portaria MF nº 103/2002, que inseriu o art. 22-A no Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes (Portaria MF nº 55/98 - Anexo II):

"Art. 22-A. No julgamento de recurso voluntário, de ofício ou especial, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação, em virtude de inconstitucionalidade, de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo em vigor.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta, após a publicação da decisão, ou pela via incidental, após a publicação da Resolução do Senado Federal que suspender a execução do ato;

II - objeto de decisão proferida em caso concreto cuja extensão dos efeitos jurídicos tenha sido autorizada pelo Presidente da República;

III - que embasem a exigência de crédito tributário:

a) cuja constituição tenha sido dispensada por ato do Secretário da Receita Federal; ou

b) objeto de determinação, pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, de desistência de ação de execução fiscal."

No caso em questão, não constam dos autos elementos que logrem atender a qualquer das hipóteses acima, portanto os atos legais que sustentaram a exclusão em tela, até o momento, gozam de

EMCB

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.230
ACÓRDÃO Nº : 302-36.274

presunção de constitucionalidade, descartando-se qualquer possibilidade de negar-se-lhes vigência."

Na hipótese dos autos, portanto, não cabe a este Colegiado apreciar matéria relativa à inconstitucionalidade de lei ou de dispositivos legais, cuja competência exclusiva é do Poder Judiciário.

Assim, considerando esta matéria como preliminar, voto no sentido de rejeitá-la.

Passemos, assim, ao mérito do litígio.

A legislação de Regência que instituiu o SIMPLES (Lei nº 9.317/1996), em seu Capítulo V, trata especificamente "Das Vedações à Opção". O artigo 9º da referida Lei, em seu inciso XIII, estabelece, *in verbis*:

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

(...)

XIII- que preste serviços profissionais de corretor, representação 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". (o grifo não pertence ao original).

Comprova-se, assim, que a legislação em vigor não abriga a atividade desenvolvida pela Recorrente, como passível de opção pelo SIMPLES.

Ou seja, embora a mesma não considere a atividade que desenvolve assemelhada à de professor, tal fato é inconteste.

Ademais, vale ressaltar mais uma vez que, conforme Contrato Social à fl. 34, a Recorrente explora o ramo de prestação de serviço de ensino em todos os níveis – culturais e técnicos.

Desta forma, não há como deixar de considerar a atividade desenvolvida pela empresa como assemelhada à de professor, nos termos da lei.

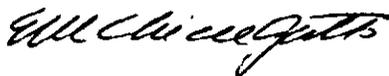
EMLL

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.230
ACÓRDÃO Nº : 302-36.274

Pelo exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso interposto, mantendo integralmente a decisão recorrida.

Sala das Sessões, em 09 de julho de 2004



ELIZABETH EMÍLIO DE MORAES CHIEREGATTO - Relatora