



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

PROCESSO Nº : 10880.009995/99-46
SESSÃO DE : 12 de maio de 2004
ACÓRDÃO Nº : 302-36.110
RECURSO Nº : 128.210
RECORRENTE : ESCOLA DE EDUCAÇÃO INFANTIL BELLO
BAMBINO S/C 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).

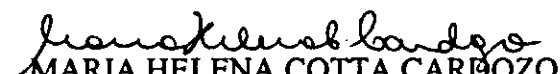
RECURSO PROVIDO POR MAIORIA.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Terceiro Conselho
de Contribuintes, por maioria de votos, dar provimento ao recurso, na forma do
relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencido o Conselheiro
Walber José da Silva, relator, que negava provimento. Designada para redigir o
acórdão a Conselheira Maria Helena Cotta Cardozo.

Brasília-DF, em 12 de maio de 2004


HENRIQUE PRADO MEGDA
Presidente


MARIA HELENA COTTA CARDOZO
Relatora Designada

10 2004

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: PAULO
ROBERTO CUCCO ANTUNES, SIMONE CRISTINA BISSOTO, LUIZ
MAIDANA RICARDI (Suplente), CARLOS FREDERICO NÓBREGA FARIAS
(Suplente) e LUIS ALBERTO PINHEIRO GOMES E ALCOFORADO (Suplente).
Ausentes os Conselheiros ELIZABETH EMÍLIO DE MORAES CHIEREGATTO,
LUIS ANTONIO FLORA e PAULO AFFONSECA DE BARROS FARIA JÚNIOR.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.210
ACÓRDÃO Nº : 302-36.110
RECORRENTE : ESCOLA DE EDUCAÇÃO INFANTIL BELLO
BAMBINO S/C LTDA.
RECORRIDA : DRJ/SÃO PAULO/SP
RELATOR(A) : WALBER JOSÉ DA SILVA
RELATOR DESIG. : MARIA HELENA COTTA CARDOZO

RELATÓRIO

Através do Ato Declaratório nº 153.986, de 09/01/1999, a empresa ESCOLA DE EDUCAÇÃO INFANTIL BELLO BAMBINO S/C LTDA., CNPJ nº 01.837.506/0001-12, foi excluída da sistemática do SIMPLES em razão do exercício de atividade econômica não permitida pela Lei nº 9.732/98.

Inconformada, a empresa apresetou SOLICITAÇÃO DE REVISÃO DA EXCLUSÃO DA OPÇÃO pelo SIMPLES de fls. 01/03, alegando que houve confusão entre atividade de escola e atividade de professor. Citando o Acórdão nº 104-9.223 do 1º CC, alega que as escolas estão enquadradas como microempresas e o que a lei veda é sociedade de profissionais e não sociedade de empresários.

A DRF de São Paulo indeferiu o pleito da interessada sob o argumento de que sua atividade econômica - venda ou prestação de serviço relativos à profissão de professor ou semelhantes - é uma das atividades expressamente vedadas pelo inciso XIII, artigo 9º, da Lei nº 9.317/96.

Da decisão acima referida a interessada tomou ciência no dia 31/08/01, conforme AR de fl. 20, e no dia 27/09/01 ingressou com a manifestação de inconformidade de fls. 21/22, repetindo os argumentos da inicial e pleiteando a aplicação do princípio da isonomia, nos termos dos artigos 150, II, e 179 da CF/88.

A 2ª Turma de Julgamento da DRJ de São Paulo indeferiu o pleito da Recorrente, nos termos do Acórdão nº 391, de 27/02/02, cuja ementa abaixo transcrevo.

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

Ano-calendário: 1999

Ementa: SIMPLES - EXCLUSÃO.

Correta a exclusão da sistemática do SIMPLES, da instituição de ensino que presta serviços vinculados à atividade de professor em estabelecimento de ensino fundamental, creches e pré-escolas, em conformidade com a legislação vigente à época.

RECURSO Nº : 128.210
ACÓRDÃO Nº : 302-36.110

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

As autoridades administrativas são incompetentes para decidir sobre a inconstitucionalidade de leis, por ser competência exclusiva do Poder Judiciário.

Solicitação Indeferida.

A Ilustre Relatora do Acórdão, em seu voto, argumenta que o Ato Declaratório que excluiu a Recorrente do SIMPLES foi expedido com estrita observância da Lei nº 9.317/96, art. 9º, inciso XIII, bem como do ADN COSIT nº 29/1999, ambos transcritos no voto, posto que a atividade desenvolvida pela Recorrente se assemelha, efetivamente, à de professor.

A interessada tomou ciência da decisão em 19/03/2003, conforme AR de fl. 41.

No dia 16/04/2003 a interessada interpôs o Recurso Voluntário de fls. 43/44, onde reprisa os mesmos argumentos da manifestação de inconformidade.

O processo foi a mim distribuído, por sorteio, no dia 13/04/2004, conforme despacho proferido na última folha dos autos - fls. 50.

É o relatório.

RECURSO Nº : 128.210
ACÓRDÃO Nº : 302-36.110

VOTO VENCEDOR

O recurso é tempestivo, portanto merece ser conhecido.

Trata o presente processo, de exclusão de empresa 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 estabelecimento de ensino.

Sobre as atividades desenvolvidas pela interessada, - Berçário, Ensino Maternal, Jardim I e II e Pré-Escola (fls. 8) - a Lei nº 10.034, de 24/10/2000, citada no recurso, determinou, *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, 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.”

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, 

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.210
ACÓRDÃO Nº : 302-36.110

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 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.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.210
ACÓRDÃO Nº : 302-36.110

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, já 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:

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

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUENTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.210
ACÓRDÃO Nº : 302-36.110

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, àquelas 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, 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 (embora retroagindo à época da exclusão).

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 12 de maio de 2004


MARIA HELENA COTTA CARDOZO – Relatora Designada

RECURSO Nº : 128.210
ACÓRDÃO Nº : 302-36.110

VOTO VENCIDO

O recurso é tempestivo e atende às demais condições de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

A empresa ESCOLA DE EDUCAÇÃO INFANTIL BELLO BAMBINO S/C LTDA., CNPJ nº 01.837.506/0001-12, foi excluída do SIMPLES em razão da incompatibilidade de sua atividade econômica com a SIMPLES. O objeto social da Recorrente, constante de seu Contrato Social, é "*Berçário, Ensino Maternal, Jardim I e II e Pré-Escola*".

Analisarei, em sede de preliminar, as alegações da Recorrente para aplicação do princípio da isonomia, com fundamento nos artigos 150, II, e 179, ambos da CF/88. Nas entrelinhas do Recurso Voluntário, a Recorrente argumenta que todas as microempresas têm o direito de optar pelo SIMPLES, independente de sua atividade econômica, sendo inconstitucional as vedações impostas pelo artigo 9º da Lei nº 9.317/96, por ferir o princípio constitucional da isonomia.

Esta Câmara tem, reinteiramente, rejeitado esta preliminar sob o argumento de que, sucintamente, ela não tem competência para discutir suposta inconstitucionalidade ou ilegalidade de ato normativo. Sua competência restringe-se à verificação e ao controle da regular aplicação da legislação tributária. A discussão sobre constitucionalidade ou inconstitucionalidade de normas é reservada, exclusivamente, ao Poder Judiciário, nos termos do art. 102, inciso I, "a", e III, "b", da Constituição Federal.

Pelas razões expostas, voto no sentido de rejeitar esta preliminar.

Passemos, então, às razões do recurso.

Entendo que não merecem guarida os argumentos trazidos pela Recorrente de que as empresas que exploram o ramo de serviço de educação não se assemelham à de professor.

O fato de não serem professores os sócios de uma pessoa jurídica que explora o ramo de serviço de educação (escola) não implica que o serviço de ensino deva ou possa ser executado por outro profissional diverso de professor. Não prestação de serviço de ensino sem professor ou instrutor, presencial ou não. Isto é fato inconteste. Ademais, não existem vedações ao ingresso no SIMPLES em razão da qualificação profissional dos sócios das pessoas jurídicas.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.210
ACÓRDÃO Nº : 302-36.110

O ramo de atividade (objeto social) de uma pessoa jurídica está, indissociavelmente, ligado à sua fonte de receita. No caso em tela, o único ramo de atividade da recorrente, conforme consta em seu Contrato Social, é o serviço de “berçário, ensino maternal, jardim I e II e pré-escola”. Para executar tais serviços, a Recorrente necessitar contratar professores, que prestaram seus serviços no estabelecimento da Recorrente.

A atividade principal de uma escola (pessoa jurídica) se assemelha à de professor. Assemelhadas são as pessoas jurídicas que prestem ou vendem serviços semelhantes.

A Recorrente foi excluída do SIMPLES em janeiro de 1999, com efeitos a partir de fevereiro de 1999, e, conseqüentemente, a ela não se aplicando o disposto no § 3º do art. 1º da IN SRF nº 115/2000, posto que os efeitos da exclusão se operaram antes da publicação da Lei nº 10.034/2000.

Face ao exposto e por tudo o mais que do processo consta, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 12 de maio de 2004


WALBER JOSÉ DA SILVA – Conselheiro