



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

| | |
|--------------------|---|
| Processo n° | 10880.012498/99-80 |
| Recurso n° | 135.913 Voluntário |
| Matéria | SIMPLES - EXCLUSÃO |
| Acórdão n° | 303-34.511 |
| Sessão de | 05 de julho de 2007 |
| Recorrente | INSTITUTO EDUCACIONAL ITSOGUD S/C LTDA. |
| Recorrida | DRJ/SÃO PAULO/SP |

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

Ano-calendário: 1999

Ementa: SIMPLES. EXCLUSÃO. CRECHE, PRÉ-ESCOLA E ESTABELECIMENTO DE ENSINO FUNDAMENTAL. As pessoas jurídicas que exerçam exclusivamente atividades de creches, pré-escolas ou ensino fundamental podem optar pelo SIMPLES.

de

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da TERCEIRA CÂMARA do TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto da relatora.


ANELISE DAUDT PRIETO - Presidente


NANCI GAMA - Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Silvio Marcos Barcelos Fiúza, Nilton Luiz Bartoli, Marciel Eder Costa, Tarásio Campelo Borges, Luis Marcelo Guerra de Castro e Zenaldo Loibman.

Relatório

Trata o presente processo de comunicação de exclusão da sistemática de pagamento de tributos e contribuições de que trata o artigo 9º da Lei n.º 9.317/96, denominada SIMPLES, formalizada através do Ato Declaratório n.º 152.089, tendo em vista que o contribuinte exerce atividade incluída na condição impeditiva de opção pelo SIMPLES.

Face esta exclusão, o contribuinte apresentou Solicitação de Revisão da Vedação/Exclusão à Opção pelo Simples (SRS) (fls.16 e 17), a qual foi indeferida, sob o argumento de que não pode optar por referida sistemática a empresa que exerce atividade de ensino, de cursos livres e qualquer atividade assemelhada à de professor (inclusive o ensino pré-escolar).

Inconformado, o contribuinte apresentou impugnação (fls. 1 a 12) à decisão que negou provimento à SRS, aduzindo, em síntese, que:

enquadra-se na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, nos termos da Lei n.º 9.317/96 artigos 2º, 3º, 5º e 8º, modificados pela Lei 9.732/98, estando apto a se inscrever no Sistema Integrado de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES;

preenche todos os requisitos para o enquadramento no sistema tributário do SIMPLES, o que pode ser verificado através de documento anexo de instrumento particular de alteração de contrato social (fls. 14 e 15), o qual apresenta registro de sua última alteração;

o desenquadramento feito pela Receita Federal com base no artigo 9º inciso XIII da Lei 9.317/96 é inconstitucional e, ainda que fosse desconsiderada sua inconstitucionalidade, não poderá ser aplicado, uma vez que exerce atividade de empresa (escola) regularmente constituída e não de professor, como fora erroneamente enquadrada. Não obstante, a própria Receita Federal emitiu parecer normativo (fls. 7) esclarecendo confusão entre “prestação de serviços” com “venda de serviços”, pelo qual se verifica estar totalmente enquadrada no item 5.3.2 do referido parecer, o qual dispõe:

“A Segunda hipótese, venda de serviços pressupõe uma unidade econômica jurídica sob estrutura empresarial, as quais são agrupados e coordenados aos fatores materiais humanos, inclusive de qualificação diferente dos titulares da sociedade, necessários à consecução dos objetivos sociais a do desenvolvimento profissional e lucrativa, com receita oriunda de rubricas diversas, não só de prestação de serviços, configurando uma empresa comercial, cujos negócios ou atividade passam a ter natureza de atos de comércio. Nessa hipótese há um conjunto de operações características de empresas, pela atividade conjunta e indiscriminada dos seus elementos na realização dos objetivos sociais, as quais se configuram como operações de vendas de produtos, bens, idéias ou serviços, que podem ser de informações de propaganda ou publicidade de educação, de saída, de transportes, de serviços etc.”

sem embargo, a própria Receita Federal, através de decisão administrativa, já se manifestou favoravelmente à inclusão no sistema simples de pagamento de impostos às escolas que mantém atividade de berçário, educação infantil e pré-escolar.

diante do exposto, solicita o cancelamento da sua exclusão do Sistema Integrado de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES em função da atividade de sua empresa não necessitar estar contida nas vedações impostas no artigo 9º inciso XIII, da Lei 9.317/96.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento - SP indeferiu a solicitação da interessada, exarando a seguinte ementa (fls. 19 a 26):

“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.

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

SOLICITAÇÃO INDEFERIDA”

Cientificado da mencionada decisão, o contribuinte apresentou o presente Recurso Voluntário em 28/06/2006 (fls. 29 a 32), aduzindo, em síntese que:

entende preencher os requisitos necessários para enquadrar-se na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, nos termos da Lei n.º 9.317/96, posto que o desenquadramento feito pela Receita Federal com base no artigo 9º inciso XIII de referida lei é inconstitucional e, mesmo que fosse desconsiderada sua inconstitucionalidade, não poderia ser aplicado contra a Requerente por não exercer atividade de professor e sim de empresa regularmente constituída;

diante da aceitação do protocolo do termo de opção pelo SIMPLES, se viu plenamente cadastrada junto a Receita Federal, pois, do contrário, não seria permitida a sua inscrição na sistemática de tributação;

a 22ª Vara da Justiça Federal de São Paulo, inclusive, diante do Mandado de Segurança impetrado pelo SINDELIVRE, manifestou decisão no sentido de conceder a segurança, sob o fundamento de que não se exige habilitação profissional para a constituição dos cursos livres, o que se aplica analogicamente ao caso concreto.

desde a data de opção pelo SIMPLES, é fiel ao recolhimento dos tributos por esta sistemática de tributação, inclusive entregando as PJ-SIMPLES, dos respectivos anos calendários, preenchendo todos os

requisitos de permanência nesse regime tributário, não havendo que se falar na sua exclusão de ofício.

requer seja acolhido o presente recurso, reformando-se a decisão de primeira instância, para o fim de cancelar o Ato Declaratório de Exclusão n.º 152.089, devendo a Recorrente permanecer no SIMPLES desde a data de opção, ou seja, 28/05/1997. Requer, também seja dado efeito suspensivo a este recurso, por força do disposto no artigo 151 inciso III, do CTN.

É o Relatório. 

Voto

Conselheiro NANJI GAMA, Relatora

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do Recurso Voluntário por conter matéria de competência deste Egrégio Terceiro Conselho de Contribuintes.

Trata o presente processo de exclusão de empresa do Sistema Integrado do Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte ("SIMPLES"), tendo em vista, segundo os auditores fiscais, exercer atividade de escolas livres assemelhada à de professor.

Preliminarmente, cabe esclarecer que não é de competência desse órgão a apreciação de matéria relacionada à inconstitucionalidade de lei. O controle de constitucionalidade das leis é da competência exclusiva do Poder Judiciário, com atribuição determinada pelo artigo 102, I "a" e III, "b" da Constituição Federal.

A exclusão da contribuinte do SIMPLES, fulcra-se na hipótese impeditiva prevista no inciso XIII do artigo 9º da lei 9.317/96, que dispõe sobre as pessoas jurídicas que não podem optar pelo regime simplificado de tributação, nos seguintes termos:

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

(...)

XIII - 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;" (grifei)

Dessa forma, as pessoas jurídicas que exercem atividade assemelhada à de professor, estariam impedidas de optar pelo regime simplificado de tributação.

Ocorre que, por força do disposto na lei 10.034/00, posteriormente alterada pela lei 10.684/03, entendo que o ora recorrente deve permanecer na sistemática do SIMPLES.

Ademais, é pacífico, tanto na esfera judicial quanto administrativa, o entendimento de que as pessoas jurídicas que desenvolvem exclusivamente atividades de creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental podem optar pelo SIMPLES.

É nesse sentido que o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo e também este Terceiro Conselho de Contribuintes, do qual esta Relatora faz parte. A referendar o que ora se afirma, transcrevem-se as seguintes ementas:

"TRIBUTÁRIO. ESTABELECIMENTO DE ENSINO. OPÇÃO PELO SIMPLES. LEI 9.317/96. CONSTITUCIONALIDADE DECLARADA

PELO STF. LEI 10.684/2003. APLICAÇÃO RETROATIVA. SÚMULA 456/STF E ART. 106, II, "b" DO CTN.

(...)

2. O STF, no julgamento da ADIn 1.643-1/DF, concluiu pela

constitucionalidade do art. 9º, XIII da Lei 9.317/96, que excluiu da opção pelo sistema SIMPLES as pessoas jurídicas que menciona, dentre elas a que preste serviços de professor.

3. As instituições de ensino que não contam com professor no seu quadro societário também se enquadram na exceção, porque a atividade-fim desenvolvida está diretamente ligada à profissão de professor.

4. A Lei 10.684/2003 retirou da exclusão as creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental, possibilitando sua adesão ao SIMPLES.

5. Norma superveniente que, embora não prequestionada, pode ser aplicada ao caso concreto em atenção à Súmula 456/STF (porque conhecido o especial por outro fundamento) e ao art. 106, II, "b" do CTN, que admite a aplicação retroativa da lei aos fatos pendentes quando ela deixa de tratar o ato ou o fato "como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento do tributo". Precedente da Primeira Turma (EDREsp 603.451/PE).

6. Multa imposta com amparo no art. 538, parágrafo único do CPC que se afasta em face à Súmula 98/STJ.

7. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido. (STJ, Resp nº 577103/PR, 1ª Turma, DJ de 25.05.06 – grifou-se)"

"SIMPLES. ENSINO FUNDAMENTAL, CRECHE E PRÉ-ESCOLA. No ato Declaratório consta, como motivo da exclusão, atividade econômica não admitida para o SIMPLES. Provado documentalmente que a empresa funciona regularmente somente como os cursos de educação infantil e ensino fundamental. As atividades de creche, berçário, recreação infantil e ensino fundamental não são impeditivas à opção pelo SIMPLES.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO." (Terceiro Conselho de Contribuintes, Terceira Câmara, Recurso Voluntário 128.398, Sessão de 27/01/05 - grifou-se)

"SIMPLES. EXCLUSÃO. CRECHES, PRÉ-ESCOLAS E ENSINO FUNDAMENTAL. As pessoas jurídicas que exerçam exclusivamente as atividades de creches, pré-escolas ou ensino fundamental podem optar pelo SIMPLES.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO" (Terceiro Conselho de Contribuintes, Terceira Câmara, Recurso Voluntário 127.993, Sessão de 16/09/04- grifou-se)

Dessa forma, decido no sentido de **DAR PROVIMENTO** ao presente Recurso Voluntário, mantendo a inclusão da Recorrente na sistemática do SIMPLES pelas razões acima expostas.

É como voto.

Sala das Sessões, em 05 de julho de 2007


NANCLGAMA - Relatora