



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 10880.015957/99-31
Recurso n° 332.608 Voluntário
Acórdão n° **1802-01.081 – 2ª Turma Especial**
Sessão de 16 de janeiro de 2012
Matéria SIMPLES
Recorrente ESCOLA DE EDUCAÇÃO INFANTIL RUMO INICIAL LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Ano-calendário: 1999

Ementa:

Com a edição da Lei n° 10.034, de 14 de outubro de 2000 foi alterado o disposto no artigo 9°, inciso XIII da Lei n° 9.317/96, no sentido de excepcionar da restrição de que trata o referido artigo as pessoas jurídicas que se dediquem as atividades de creches, pré-escola e estabelecimentos de ensino fundamental.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos NEGAR provimento ao recurso. Vencido o Conselheiro Marciel Eder da Costa, que dava provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa - Presidente.

(assinado digitalmente)

Marco Antonio Nunes Castilho - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa, (Presidente), Marco Antonio Nunes Castilho, Marciel Eder Costa, Jose de Oliveira Ferraz Correa, Nelso Kichel e Gustavo Junqueira Carneiro Leão.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de São Paulo/SP, que decidiu por unanimidade de votos manter a exclusão da ora Recorrente do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, fundamentando que à época da exclusão, a Recorrente não atendia os requisitos necessários para a opção ao sistema.

Para descrever os fatos transcrevo o relatório constante do Acórdão citado, *verbis*:

“A contribuinte acima qualificada, mediante Ato Declaratório nº 153.629, de 09/01/1999 (fls. 36), foi excluída 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.

2. Em 10/02/1999, insurgindo-se contra a referida exclusão, a interessada formalizou SRS - Solicitação de Revisão da Exclusão à opção pelo Simples (fls. 39) que, examinada pela DRF/SPO/DISIT, foi considerada improcedente.

3. A contribuinte manifesta seu inconformismo (fls. 01/21), por meio de procurador (fls.22), alegando, em síntese, que:

3.1 A matéria trazida à baila é de ordem constitucional e legal, não podendo ser apreciada e decidida com base em dispositivos normativos infraconstitucionais e infralegais;

3.2 A Constituição Federal garante o direito de livre exercício de profissão, bem como a constituição de empresas, de qualquer porte. Garante também às microempresas e empresas de pequeno porte tratamento diferenciado (art. 179);

3.3 A matéria abordada pelo art. 9º da Lei nº 9.317/1996 é manifestamente inconstitucional, visto que, pelo art. 179 da Constituição Federal, caberia à lei a função de definir de forma exclusivamente quantitativa, e não qualitativa, o que sejam microempresas e empresas de pequeno porte;

3.4 A discriminação tributária em virtude da atividade exercida pela empresa fere o princípio constitucional da igualdade (art. 150, II);

3.5 A decisão ora impugnada concluiu que a atividade da escola é assemelhada a do professor;

3.6 A escola não se resume à atividade do professor; 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;

3.7 O que o dispositivo legal veda é a possibilidade de que profissionais, no exercício de suas profissões, criem uma pessoa jurídica para exercer as suas profissões e venham a se beneficiar do SIMPLES;

3.8 A Entidade Mantenedora Educacional não é uma sociedade de profissionais para o exercício da profissão de professor, mas sim uma sociedade entre empresários, sem exigência de qualificação profissional, e livre para contratar profissionais qualificados e habilitados para o exercício de suas profissões.

4. Em 13/10/1999, esta delegacia (fls. 42) entendeu que a manifestação de inconformidade foi apresentada intempestivamente, tendo devolvido o processo à DRJ/SPO, em face do disposto no Ato Declaratório Normativo 15/1996.

5. Em 06/10/2004, a interessada requer (fls. 48/49) que seja apreciada sua manifestação de inconformidade, em virtude da comprovação de sua tempestividade.”

A DRJ/SPO indeferiu a solicitação da ora Recorrente através do Acórdão nº 06.160 de 17 de Novembro de 2004, conforme ementa transcrita abaixo:

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

Solicitação Indeferida.”

Inconformada com a decisão, a Recorrente apresentou Recurso Voluntário no qual aduziu, em síntese, os seguintes argumentos, alguns já explicitados anteriormente:

a) A Constituição Federal garante a todos o contraditório e a ampla defesa, tanto na esfera judicial quanto na administrativa, conforme o art. 5º, inciso LV. Logo, caberia à esfera administrativa a discussão da constitucionalidade do texto legal em questão;

b) A matéria abordada pelo art. 9º da Lei n. 9.317/1996 é manifestamente inconstitucional, visto que, pelo art. 179 da Constituição Federal, caberia à lei a função de definir de forma exclusivamente quantitativa, e não qualitativamente, o que sejam microempresas e empresas de pequeno porte;

c) A discriminação tributária em virtude da atividade exercida pela empresa fere o princípio constitucional da igualdade (art. 150, II);

d) A atividade da escola não se resume à atividade do professor, uma vez que necessita de um complexo de instalações de insumos, de valores às vezes mais expressivos que o custo da mão de obra do professor;

e) A Lei nº 10.034/2000 menciona que as pessoas jurídicas que se dediquem às atividades de creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental, não estão incluídas na vedação do art. 9º da Lei nº 9.317/1996, o que não significa dizer que o ensino médio estava incluído na vedação do referido art. 9º.

Os autos foram distribuídos para a Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, que concluiu pela perempção do recurso apresentado, conforme se verifica pela ementa abaixo transcrita:

“SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE/SIMPLES – EXCLUSÃO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – NORMAS PROCESSUAIS — PEREMPÇÃO

Não se conhece do recurso apresentado após o decurso do prazo consignado no caput do artigo 33 do Decreto nº 70.235/72.

RECURSO NÃO CONHECIDO.”

Inconformada com a decisão, a Recorrente apresentou Embargos de fls. 88 e 89, na qual solicitou a reforma do Acórdão proferido.

Alegou, em síntese, que o recurso foi encaminhado via Aviso de Recebimento dentro do prazo legal e que a data que comprova a tempestividade do recurso é a data de envio e não a data de recebimento, apresentando provas para corroborar seu fundamento.

Os Embargos foram conhecidos e acolhidos para admitir a tempestividade do recurso e determinar que os autos fossem novamente submetidos à apreciação das demais matérias existentes pela Egrégia Corte.

É o relatório, passo a decidir.

Voto

Conselheiro Marco Antonio Nunes Castilho, Relator.

O recurso é tempestivo e dotado dos pressupostos para a sua admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

Inicialmente, a Recorrente insurge-se contra o fundamento da DRJ de que não cabe à esfera administrativa a discussão sobre a constitucionalidade de texto legal, alegando que é dever das autoridades administrativas e judiciais analisar o conteúdo amplo e total da defesa e, para tanto, cita o art. 5º, inciso LV da Constituição Federal.

Entretanto, tal argumentação não merece prosperar.

Não cabe à esfera administrativa a análise da constitucionalidade das leis, sendo esta função exclusiva do Poder Judiciário. A decisão da DRJ retrata muito bem este entendimento, senão vejamos:

“Não compete à autoridade administrativa a apreciação das questões de inconstitucionalidade ou ilegalidade das normas tributárias, cabendo-lhe somente observar a legislação em vigor, sendo da competência exclusiva do Poder Judiciário o controle da constitucionalidade ou legalidade das leis ou dos atos normativos.”

Nesse sentido, a Súmula nº 02 do CARF é expressa ao afirmar que *“O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”*.

Assim, verifica-se que é pacífico o entendimento de que não cabe ao CARF o julgamento de questões relativas à inconstitucionalidade e que para esse tipo de questionamento a Recorrente deve se socorrer do Poder Judiciário.

Pelos motivos acima expostos, entendo que o julgamento da inconstitucionalidade do art. 9º da Lei n.º 9.317/96 e da quebra do tratamento isonômico restam prejudicados.

A exclusão da Recorrente do SIMPLES ocorreu devido ao exercício de atividades assemelhadas a de professor, nos termos do art. 9º, inciso XIII da Lei nº 9.317/96, *in verbis*:

“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."

A Recorrente alega que a atividade desenvolvida por ela em nada se assemelha à atividade de professor e relata que *"A escola não se resume à atividade do professor, nem o professor à atividade da escola. 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."*

Entendo não assistir razão à Recorrente.

A atividade desenvolvida pela Recorrente está dentro das eleitas pelo legislador como excluídas da possibilidade de opção ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES.

Da leitura do texto legal, conclui-se que as pessoas jurídicas que prestem serviços de professor ou assemelhado, vale dizer, qualquer tipo de atividade que de alguma forma ministre cursos ou proporcione educação a terceiros, não podem optar pelo Simples.

De acordo com o Dicionário Aurélio, assemelhado é aquilo que apresenta semelhança ou que seja parecido; assim, entendo que a atividade da escola é sim assemelhada à atividade do professor, uma vez que tem o mesmo objetivo que é fomentar a educação.

A decisão da DRJ segue essa linha de raciocínio e, na sua fundamentação cita o entendimento da Administração Tributária em uma consulta interna sobre essa matéria, vejamos:

19) Qual o alcance da expressão 'assemelhados' constante do art. 9º, XIII da Lei nº 9.317/96?

O referido inciso impede a opção pelo SIMPLES por parte das seguintes PJ:

a) que prestem ou vendam serviços relativos às profissões expressamente listadas no citado inciso;

b) que prestem ou vendam serviços que sejam assemelhados aos referidos no item a), tendo em vista, que naquele contexto, o termo 'assemelhado' deve ser entendido como qualquer atividade de prestação de serviço que tem similaridade ou semelhança com as atividades enumeradas no referido dispositivo legal, vale dizer, a lista das atividades ali elencadas não é exaustiva..

c) as que prestem serviços profissionais relativos a qualquer profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida, ainda que não expressamente listados no referido inciso."

A edição da Lei nº 10.034/2000, alterou o disposto no art. 9º da Lei nº 9.317/96 e, excetuou da restrição de que trata o inciso XIII às pessoas jurídicas que se dediquem às atividades de creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental.

Pela citada legislação, concluo que apenas essas atividades foram excetuadas, pois, **se o legislador tivesse a intenção de excetuar também o ensino médio ele o teria feito de forma expressa** e, se não o fez, é porque as pessoas jurídicas que se dediquem a esta atividade não podem fazer a opção pelo SIMPLES.

Neste sentido, cumpre destacar alguns julgados do antigo Conselho de Contribuintes sobre o assunto:

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

*Com a edição da Lei nº 10.034, de 14/10/2000 foi alterado o disposto no artigo 9º, da Lei nº 9.317/96, no sentido de excetuar, da restrição de que trata o inciso XIII do referido diploma legal, as pessoas jurídicas que se dediquem às seguintes atividades: **creches, pré-escola e estabelecimentos de ensino fundamental.** Recurso Voluntário Provido.” (CARF, Acórdão 3102-00.291, Rec. 129.189, Rel. Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro, Sessão de 21 de Maio de 2009).*

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

ENSINO MÉDIO. VEDAÇÃO.

As pessoas jurídicas cujas atividades sejam de ensino, excluídas as creches, pré-escolas e ensino fundamental, estão vedadas, pela lei, de optar pelo SIMPLES. As escolas de ensino médio não estão na exceção aberta pela Lei nº 10.034/2000. RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO.” (CARF, 3º Conselho de Contribuintes, 3º Turma Especial, Acórdão 393-00.003, Rel. Regis Xavier Holanda, Sessão de 29 de setembro de 2008) (grifos nossos)

*SIMPLES EXCLUSÃO - ENSINO MÉDIO: A Lei n.º 10.034/2000 apenas excluiu da restrição de que trata o inciso XIII, do art. 9º, da Lei n.º 9.317/96, as pessoas jurídicas que se dediquem às atividades de creche, pré-escola e estabelecimento de ensino fundamental, **não incluindo o ensino médio.** RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO (CARF, 3º Conselho de Contribuintes, 1º Câmara, Acórdão 301.31073, Sessão de 18 de março de 2004).*

Assim, os citados julgados corroboram o entendimento desse julgador.

Processo nº 10880.015957/99-31
Acórdão n.º **1802-01.081**

S1-TE02
Fl. 204

Com efeito, não merece qualquer reparo a decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de São Paulo – SP, mantida por seus próprios termos.

Diante de todo o exposto, voto no sentido **NEGAR PROVIMENTO** ao Recurso Voluntário interposto pela Recorrente.

(assinado digitalmente)

Marco Antonio Nunes Castilho