



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

PROCESSO Nº : 10880.015984/99-12
SESSÃO DE : 12 de abril de 2005
ACÓRDÃO Nº : 302-36.758
RECURSO Nº : 128.546
RECORRENTE : SILVA & MARTINS ESCOLA DE EDUCAÇÃO
INFANTIL S/C. LTDA. – ME.
RECORRIDA : DRJ/SÃO PAULO/SP

SIMPLES – EXCLUSÃO – CRECHES, PRÉ-ESCOLAS E
ENSINO FUNDAMENTAL.

Podem permanecer no SIMPLES as creches, pré-escolas e
estabelecimentos de ensino fundamental que tenham feito sua opção
antes da edição da Lei nº 10.034/2000 e que não se encontravam, à
época do advento da referida Lei, definitivamente excluídas do
sistema (art. 1º, § 3º, da IN SRF nº 115/2000).

RECURSO PROVIDO POR UNANIMIDADE.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Terceiro Conselho
de Contribuintes, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso, na forma do
relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. A Conselheira Mércia
Helena Trajano D'Amorim votou pela conclusão.

Brasília-DF, em 12 de abril de 2005

HENRIQUE PRADO MEGDA
Presidente

PAULO ROBERTO CUCCO ANTUNES
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: ELIZABETH
EMÍLIO DE MORAES CHIEREGATTO, LUIS ANTONIO FLORA, CORINTHO
OLIVEIRA MACHADO, DANIELE STROHMEYER GOMES e LUIS ALBERTO
PINHEIRO GOMES E ALCOFORADO (Suplente). Ausente o Conselheiro PAULO
AFFONSECA DE BARROS FARIA JÚNIOR. Esteve presente a Procuradora da
Fazenda Nacional ANA LUCIA GATTO DE OLIVEIRA.

RECURSO Nº : 128.546
ACÓRDÃO Nº : 302-36.758
RECORRENTE : SILVA & MARTINS ESCOLA DE EDUCAÇÃO
INFANTIL S/C. LTDA. – ME.
RECORRIDA : DRJ/SÃO PAULO/SP
RELATOR(A) : PAULO ROBERTO CUCCO ANTUNES

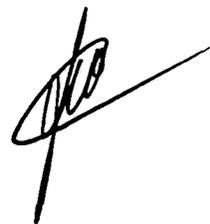
RELATÓRIO

Pelo que se infere dos autos, a Contribuinte acima identificada foi excluída do SIMPLES, por Ato Declaratório do Sr. Delegado da R. Federal em São Paulo – SP, o qual não consta dos autos, com base nas disposições do art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/1996, o qual estabelece que não pode optar pelo SIMPLES a pessoa jurídica que preste serviços profissionais de professor ou assemelhados, e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida.

Apresentada a competente Solicitação de Revisão da Vedação/Exclusão à Opção pelo Simples (S.R.S.), na forma da legislação vigente, foi mantida a exclusão, sob seguinte fundamento: “DESENQUADRAMENTO MANTIDO, VISTO QUE AS ATIVIDADES DE ENSINO, CURSO LIVRE E QUALQUER ATIVIDADE ASSEMELHADA A DE PROFESSOR (INCLUSIVE O ENSINO PRÉ-ESCOLAR), ESTÃO INCLUÍDAS NAS CONDIÇÕES IMPEDITIVAS DE OPÇÃO PELO SIMPLES ELENCADAS NO ARTIGO 9º, INCISO XIII DA LEI Nº 9.317/96” (fls. 5-verso e 14-verso).

Inconformada, a Contribuinte apresentou Impugnação à DRJ – S.P., argumentando, em síntese, o seguinte :

- A lei nº 9.317/96 determinou em seu art. 9º, inciso XIII, quais os serviços profissionais prestados pelas pessoas jurídicas que não podem optar pelo SIMPLES;
- Ocorre que a empresa tem como atividade a prestação de serviços, de berçário e recreação para crianças, com idade entre zero e cinco anos, não havendo exigência de habilitação profissional legal para o exercício da atividade, classificada quando muito de “curso livre”. A impugnante está, portanto, em condições de igualdade com aquelas empresas cuja inscrição no SIMPLES não é vedada, devendo ser ressaltado o art. 150, inciso II, da Constituição Federal;
- A Justiça Federal deferiu liminares mantendo a opção pelo SIMPLES de empresas que desempenham atividades de curso livre como a impugnante.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.546
ACÓRDÃO Nº : 302-36.758

A DRJ em São Paulo-SP, por sua vez, proferiu a Decisão DRJ/SPO Nº 003581, de 27/10/1999, cuja Ementa se transcreve:

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

Ano-calendário: 1999

Ementa: SIMPLES

A pessoa jurídica que presta serviços na área de educação infantil, tais como creches, maternais e estabelecimentos de recreação infantil, está impedida de exercer a opção pelo SIMPLES, por tratar-se de atividade relacionada à prestação de serviços de professor.

SOLICITAÇÃO INDEFERIDA.”

A fundamentação da Decisão singular acompanha o entendimento manifestado pela autoridade que indeferiu a SRS, fazendo menção, também, ao Ato Declaratório (Normativo) COSIT nº 29, de 14/10/99.

Assevera que as decisões judiciais não têm efeito vinculante em relação às decisões proferidas pela Delegacias de Julgamento da SRF, tendo validade apenas *inter partes*, invocando as disposições do Decreto nº 73.529/74.

Repele a fundamentação da Impugnação no que trata da isonomia, citando os ensinamentos do tributarista Hugo de Brito Machado.

Ao final conclui que a legislação vigente não ampara a pretensão da Contribuinte, mantendo a exclusão efetuada.

Da Decisão a Interessada tomou ciência em 18/08/2003, conforme AR acostado às fls. 23.

Apresentou Recurso, tempestivo, em 09/09/2003, como se comprova pelo carimbo de recebimento às fls. 26.

Em suas razões de Apelação, a Contribuinte inicia chamando a atenção sobre o fato que somente tenha sido notificada da Decisão da DRJ/SP mencionada em 18/08/2003 (fls. 23) embora a mesma tenha sido emitida em 27/10/1999 (fls. 22)

Argumenta que, neste caso, como não ocorreu a exclusão definitiva da empresa do SIMPLES, pois que ainda perdura o litígio administrativo sobre tal



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.546
ACÓRDÃO Nº : 302-36.758

situação, deve ser aplicada a Lei nº 10.034, de 24/10/2000, que veio a regularizar a questão.

Conforme esclarece, com o advento da referida Lei as pessoas jurídicas que se dedicam às atividades de creches e pré-escolas, a partir de 25/10/2000 ficaram excetuadas da restrição imposta pelo art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/96, estando assegurada a permanência no sistema desde que com opção feita anteriormente e que não tenham sido excluídas de ofício, o que de fato não ocorreu, pois não houve qualquer despacho acerca do recurso impetrado em 05/02/1999 e que somente em 12/08/2003 é que veio a ser notificada do indeferimento da solicitação de permanência no SIMPLES.

Junta cópia de peças de um novo processo iniciado, de nº 13807.001335/2003-62, que informa ter sido iniciado em razão de suspeitas do extravio do processo que aqui se cuida.

Às fls. 37/39 encontra-se cópia do Contrato Social indicando, como **objetivo social** da empresa a prestação de serviços de berçário, recreação e educação infantil.

Subiu o processo a este Conselho, tendo sido distribuído, por sorteio, a este Relator, em sessão realizada no dia 20/10/2004, conforme notícia o documento de fls. 42, último dos autos.

É o relatório.



RECURSO Nº : 128.546
ACÓRDÃO Nº : 302-36.758

VOTO

Como visto, o Recurso é tempestivo, trazendo matéria litigiosa da competência de julgamento deste Conselho. Assim, deve ser conhecido e julgado.

Quanto ao mérito, entendo assistir total razão à Recorrente, em seu pleito de manutenção no SIMPLES.

Como visto, trata o presente processo da exclusão de empresa do SIMPLES, por ter como objeto social, no respectivo Contrato, a **prestação de serviços de berçário, recreação e educação infantil.**

Faço minhas as palavras da então Conselheira desta Câmara, Dra. Maria Helena Cotta Cardozo, estampadas, dentre vários outros, no brilhante Voto proferido quando do julgamento do Recurso nº 125.117, inserido no Acórdão nº 302-35582, proferido em sessão realizada no dia 10/06/2003, desta Câmara, que se aplica ao presente caso, como segue:

“Sobre o assunto, a Lei nº 10.034, de 24/10/2000, trazida à colação por ocasião do 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 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”



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.546
ACÓRDÃO Nº : 302-36.758

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, 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



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.546
ACÓRDÃO Nº : 302-36.758

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.

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 extinção 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, posto 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:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.546
ACÓRDÃO Nº : 302-36.758

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 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 ocorrido 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 do 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, com aquelas 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 em 1999, 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.

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).

Concluindo e acompanhando o mesmo raciocínio acima, que conduz a conclusão idêntica, 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 abril de 2005.


PAULO ROBERTO CUCCO ANTUNES – Relator