MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº	:	10882.000621/00-79
SESSÃO DE	:	25 de janeiro de 2005
ACÓRDÃO Nº	:	301-31.627
RECURSO Nº	:	124.980
RECORRENTE	:	NOVA GERAÇÃO – ESCOLA DE EDUCAÇÃO INFANTIL S/C LTDA.
RECORRIDA	:	DRJ/CAMPINAS/SP

INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.317/96 – As autoridades administrativas são incompetentes para a apreciação de argüições de inconstitucionalidade e ilegalidade.

SIMPLES. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO A ATO NÃO DEFINITIVAMENTE JULGADO – ENSINO INFANTIL

Nos termos do disposto no art. 106, alíneas "a" e "c", do CTN, a lei aplica-se a ato não definitivamente julgado quando deixe de definilo como infração ou lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática. Deverá ser mantida no Simples a atividade de ensino infantil por não ser mais atividade impeditiva de opção pelo SIMPLES.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Primeira 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.

Brasília-DF, em 25 de janeiro de 2005

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO
Presidente

ROBERTA MARIA RIBEIRO ARAGÃO
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: CARLOS HENRIQUE KLASER FILHO, ATALINA RODRIGUES ALVES, JOSÉ LUIZ NOVO ROSSARI, LUIZ ROBERTO DOMINGO, VALMAR FONSÊCA DE MENEZES e LISA MARINI FERREIRA DOS SANTOS (Suplente). Esteve presente o Procurador da Fazenda Nacional LEANDRO FELIPE BUENO.

RECURSO Nº	:	124.980
ACÓRDÃO Nº	:	301-31.627
RECORRENTE	:	NOVA GERAÇÃO – ESCOLA DE EDUCAÇÃO INFANTIL S/C LTDA.
RECORRIDA	:	DRJ/CAMPINAS/SP
RELATOR(A)	:	ROBERTA MARIA RIBEIRO ARAGÃO

RELATÓRIO

No presente processo a contribuinte manifesta sua inconformidade em relação a sua exclusão do SIMPLES, constante do Edital nº 001/99, de 11/02/99 (fls. 26/27), em virtude de atividade econômica não permitida para o Simples (prestação de serviços profissionais de professor e assemelhados).

A Decisão da SESIT nº 363/2000 ao apreciar a impugnação para revisão da exclusão do simples (fls. 28), considerou intempestivo o pedido e não tomou conhecimento do pleito.

Devidamente cientificada do Despacho Decisório, a contribuinte apresentou impugnação tempestiva, e contesta preliminarmente a intempestividade da decisão recorrida, uma vez que não houve alteração de endereço de localização da escola, que não foi cientificada, via AR, do ato declaratório de exclusão.

No mérito, alega, basicamente a inconstitucionalidade do art. 9° da Lei nº 9.317/96 e afirma que "não se trata de atividade de professor ou assemelhado e, tão pouco de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida".

Ao apreciar a impugnação apresentada, a DRJ/Campinas-SP indeferiu a solicitação e manteve a sua exclusão do SIMPLES, em decisão cujos fundamentos encontram-se consolidados na seguinte ementa:

> *"Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de impostos e contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte-Simples.*
>
> *Exercício: 1999*
>
> *Ementa: estabelecimento de ensino. Opção.*
>
> *As pessoas jurídicas cuja atividade seja de ensino ou treinamento tais como auto-escola, escola de dança, instrução de natação, ensino de idiomas estrangeiros, ensino pré-escolar e outras - , por assemelhar-se à de professor, estão vedadas de optar pelo SIMPLES".*

RECURSO Nº : 124.980
ACÓRDÃO Nº : 301-31.627

Devidamente intimada da decisão de primeira instância, a contribuinte, interpõe Recurso Voluntário (fls. 59/73), para reiterar os argumentos expendidos na impugnação, alegando, ainda, em sede de preliminar que a entidade Mantenedora Educacional não é uma sociedade de profissionais para o exercício da profissão de professor, e sim uma sociedade entre empresários, sem exigência de qualificação profissional, e livre para contratar profissionais devidamente qualificados e habilitados para o exercício de suas profissões.

No mérito que:

- desde a implantação do sistema Simples, por força do dispositivo constitucional, a Receita Federal tem flutuado na interpretação dos dispositivos legais que informam a matéria, principalmente quando envolve as disposições contidas no art. 9º, em especial aos incisos VI e seguintes;

- a concentração, no entanto, dos desacertos interpretativos têm se concentrado no inc. XIII, quando busca interpretar a figura dos assemelhados e dentre estes, que tem merecido interpretações conflitantes está a figura do professor com a pessoa jurídica da escola;

- o tumulto foi tão grande que a Lei nº 10.034/00, verdadeira lei interpretativa resolveu declarar, sem alterar o citado inciso do art. 9º, 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, isto é, não se trata de atividade assemelhada à do professor;

- pelo simples fato de declarar essa situação, não é crível que se queira dizer que a atividade de "ensino médio" seja assemelhada ao professor;

- evidente que o ensino médio tem maior complexidade do que o ensino fundamental, pré-escolas e creches, o que não significa dizer que, em determinado momento, esteve o mesmo incluído na vedação do art. 9º;

- Não há, portanto, porque dizê-lo incluído, pelo fato de terem sido declaradas excluídas as creches, pré-escolas e o ensino fundamental;

- Parece óbvio que não há como excluir algo de onde nunca foi incluído;

- O ensino médio continua onde sempre esteve: é atividade não assemelhada à do professor.

É o relatório.

RECURSO Nº : 124.980
ACÓRDÃO Nº : 301-31.627

VOTO

O recurso é tempestivo e dele tomo conhecimento.

No mérito, o recurso trata de determinar se deverá ser mantida a exclusão do SIMPLES, por "*atividade econômica não permitida para o Simples*" da recorrente que tem como atividade, o ensino infantil.

Entretanto analisaremos inicialmente a alegação da preliminar de inconstitucionalidade do art. 9º da Lei nº 9.317/96 já alegada na peça impugnatória.

Sobre esta questão de preliminar de inconstitucionalidade concordo com a autoridade julgadora de primeira instância no sentido de que as autoridades administrativas são incompetentes para julgar inconstitucionalidade e ilegalidade e adoto os mesmos fundamentos da decisão, conforme trecho que transcrevo a seguir:

> "Ocorre que o controle da Constitucionalidade das leis é de competência exclusiva do poder judiciário e, no sistema difuso, centrado em última instância revisional no Supremo Tribunal Federal – art. 102, I, "a", III da CF/88. Sendo, assim, defeso aos órgãos administrativos jurisdicionais, de forma original, reconhecer alegada inconstitucionalidade da lei que fundamenta o lançamento, ainda que sob o pretexto de deixar de aplicá-la ao caso concreto ato administrativo."

No mérito, cumpre verificar que a atividade da recorrente está descrita no contrato social (fls. 15/20) como de "ensino maternal, jardim e pré-primário" às fls. 17.

No que se refere à atividade da interessada, cumpre observar o disposto no inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/96 que assim determina:

"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;"(grifo nosso).

Por sua vez o art. 1° da Lei n° 10.034/00 que altera o art. 9° da Lei n° 9.317/96 assim dispõe.

"**Art. 1°** Ficam excetuadas da restrição de que trata o inciso XIII do art. 9° da Lei n° 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**.(GRIFO NOSSO).

Conforme se verifica a lei acima citada excetuou **as creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental** da vedação prevista no inc. XIII do art. 9° da Lei n° 9.317/96, ou seja, as escolas de ensino infantil estão aí incluídas, portanto não é mais atividade impeditiva do Simples, como no caso em exame.

Quanto à questão da data do ato de exclusão em relação à edição da nova lei que exclui a atividade de ensino infantil adoto trechos do voto da Ilustre Conselheira Atalina Rodrigues Alves que assim esclarece:

"No presente caso, há que se considerar que o ato declaratório de exclusão não era definitivo por ocasião da revogação do dispositivo legal que embasou o motivo da exclusão, no inciso XIII do art. 9° da Lei n° 9.317, de 1996. Ressalte-se que, tendo sido impugnado o ato declaratório na esfera administrativa, apenas com o trânsito em julgado da decisão administrativa que o declarar válido ele torna-se definitivo.

Ressalte-se, ainda, que sendo pressuposto do ato declaratório o motivo de fato que o autoriza, o qual deverá estar previsto em lei, revogada a norma jurídica que previa a hipótese de exclusão do SIMPLES, a ocorrência do fato deixa de ser causa ou motivo da exclusão por deixar a nova lei de tratá-lo como tal.

Sobre a aplicação da lei, assim dispõe o art. 106, do CTN, *in verbis*:

"Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

II- tratando-se de ato não definitivamente julgado:

*a) **quando deixe de defini-lo como infração;***

b) *quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;*

c) ***quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática..*** " (destacou-se)".

Assim, considerando que o ato declaratório de exclusão não era definitivo por ocasião da entrada em vigor da Lei nº 10.034/2000 que altera o art. 9º da Lei nº 9.317/96 fica assegurada a permanência da recorrente no sistema, tendo em vista que a norma vigente é mais benigna, uma vez que deixou de definir como atividade impeditiva de opção pelo SIMPLES a apontada no Ato Declaratório em questão.".

Em face do exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso.

Sala das Sessões, em 25 de janeiro de 2005

ROBERTA MARIA RIBEIRO ARAGÃO - Relatora