



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11610.009480/2003-63
Recurso nº : 135.299
Sessão de : 04 de julho de 2007
Recorrente : ESCOLA BRASIL JOVEM S/C LTDA. - EPP
Recorrida : DRJ/SÃO PAULO/SP

R E S O L U Ç Ã O Nº 303-01.341

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

RESOLVEM os Membros da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, converter o julgamento do recurso em diligência, nos termos do voto do relator. Vencidos os Conselheiros Tarásio Campelo Borges, Silvio Marcos Barcelos Fiúza e Marciel Eder Costa. A Conselheira Anelise Daudt Prieto votou pela conclusão.


ANELISE DAUDT PRIETO
Presidente


ZENALDO LOIBMAN
Relator

Formalizado em:

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Nanci Gama, Nilton Luiz Bartoli e Luis Marcelo Guerra de Castro.

RELATÓRIO

A interessada foi excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES – mediante o Ato Declaratório DERAT nº 156.893, de 09/01/1999. Na ocasião a interessada não apresentou SRS, e conforme registro no SIVEX a exclusão se tornou definitiva em 01.03.1999. Consta, ainda, do COMPROT, o registro do processo nº 10880.014840/99-59 cujo assunto é Revisão/Exclusão/Opção pelo SIMPLES, SRS - IMP SIMPLES que, no entanto, se encontra arquivado. O pedido apresentado neste processo é de reenquadramento retroativo a 01.01.1997. Na decisão DICAT nº 1.659/05 (fls. 58/59) a autoridade administrativa fundamentou seu parcial deferimento ao pedido pelo que se segue. A atividade da empresa, segundo o Contrato Social, é de educação fundamental. Por sua semelhança com as atividades de professor se encontrava vedada de optar pelo SIMPLES, em face do disposto no art.9º, XIII, da Lei 9.317/96. Entretanto, a Lei 10.034/2000, vigente a partir de 25.10.2000, excetuou da restrição as pessoas jurídicas dedicadas a creche, pré-escola e ensino fundamental. Ocorre que a IN SRF 115/2000 assegurou a permanência no SIMPLES dessas empresas, desde que tenham efetuado a opção antes de 25.10.2000 e não tenham sido excluídas de ofício, ou se excluídas, cujo efeito da exclusão somente tenha ocorrido após a edição da Lei 10.034/2000. De acordo com a IN SRF 355/2003, art.17,II, pode ser nova inclusão a partir do primeiro dia do ano-calendário subsequente. Como desde sua abertura em 1997 a interessada apresentou suas declarações anuais e recolhimentos todos pela sistemática do SIMPLES (fls.46 e 49/57), nos termos da ADI SRF 16/2002, não havendo outro motivo impeditivo da opção, defere-se parcialmente o pedido para inclui-la no SIMPLES a partir de 01.01.2001.

A interessada apresentou sua tempestiva impugnação, de fls.62/75, dirigida à DRJ competente, alegando em síntese que:

1. Ao contrário do que disse a autoridade administrativa, a SRS não pode ser a única forma de assegurar o contraditório e a ampla defesa. Um pedido de revisão limitado ao formato do formulário-padrão com alternativas que não cobrem todas as hipóteses de defesa e seus fundamentos não se coadunam com aqueles princípios constitucionais que são garantidores do direito do contribuinte. Por outro lado, a não apresentação de SRS, por si só, não afasta a possibilidade de revisão de ato administrativo pela própria administração, *ex officio*. Portanto, não se pode aceitar que a exclusão praticada tenha se tornado definitiva, pela simples não-apresentação da SRS, o que seria ilegal e arbitrário, já que a interessada apresentou mais que um formulário, uma peça processual mais ampla e completa.

Processo nº : 11610.009480/2003-63
Resolução nº : 303-01.341

2. A matéria trazida à baila é de ordem constitucional e legal, não cabendo fundamentar a solução da lide meramente em dispositivos infraconstitucionais e infralegais.

3. A vedação imposta no art.9º da Lei 9.317/96 é manifestamente inconstitucional em face do disposto no art. 179 da CF/88, que caberia à Lei definir de forma exclusivamente quantitativa a definição de microempresa e EPP. A discriminação perpetrada, quanto à atividade exercida, fere o art.150, II, da CF/88.

4. A decisão impugnada partiu da premissa de ser a atividade exercida semelhante a de professor. Mas a atividade da escola não se resume à atividade de professor, necessita de um complexo de instalações, de insumos, cujos valores são freqüentemente mais expressivos que a mão-de-obra do professor. O que o dispositivo legal veda é a possibilidade de profissionais, no exercício de sua profissões, criarem uma pessoa jurídica para exercerem sua profissão se beneficiando da sistemática do SIMPLES.

5. A entidade mantenedora educacional não é uma sociedade de profissionais para exercício da atividade de professor, mas uma sociedade de empresários, sem exigência de qualificação profissional, livre para contratar profissionais qualificados e habilitados ao exercício de suas profissões. A interessada deve ter assegurado o seu direito de se manter no SIMPLES desde a data original de sua opção em 01.01.1997 e não apenas a partir da vigência da Lei 10.034/2000. Protesta pelo direito de defesa oral.

A DRJ/São Paulo I, por sua 3ª Turma, por unanimidade, decidiu indeferir a solicitação, resumidamente pelas razões seguintes (fls.86/94):

a) Não há previsão legal para defesa oral no julgamento de primeira instância. A SRS constitui uma oportunidade a mais dada ao contribuinte para contestar o ato de exclusão, uma vez denegada, parcialmente ou integralmente, há a oportunidade de apresentação de manifestação de inconformidade à DRJ no prazo legal de 30 dias a contar da ciência do resultado da SRS. A SRS é, pois, facultativa, podendo a interessada optar por exercer o contraditório mediante formalização da manifestação de inconformidade dentro do prazo de 30 dias a contar da ciência do ADE de exclusão. É o que a impugnante alega, entretanto não há nestes autos evidência de que a interessada tenha formalizado impugnação na ocasião de sua exclusão.

b) Não houve impugnação tempestiva ao ADE de exclusão DERAT nº 156.893/99, e por isso foi considerada definitiva a exclusão em 01.03.1999. As alegações de inconstitucionalidade da

Lei do SIMPLES não são passíveis de apreciação na instância administrativa.

c) A exclusão foi motivada na previsão disposta no inciso XIII do art.9º da Lei 9.317/96, que veda a opção por PJ que preste serviço profissional de professor, ou de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida. O cerne da questão proposta está em determinar se a atividade desenvolvida pelo contribuinte é privativa de professor ou de qualquer outra profissão legalmente regulamentada.

d) O entendimento da administração tributária, manifestado em consulta interna é de que empresa que presta serviço de professor ou assemelhado, que ministre qualquer tipo de curso ou proporcione educação a terceiros não pode optar pelo SIMPLES. Ora, o objeto social da empresa expresso no Contrato Social (fls.19), abrange serviços de educação, pré-escola, 1º grau, 2º grau, técnico profissional, supletivo de adultos e ensino a distância (grifos da DRJ). Como se vê algumas das atividades não foram excepcionadas pelo art.1º da Lei 10.034/2000.

e) Embora o BC 55/97 divulgado pela COSIT oriente que mesmo constando do Contrato Social uma atividade impedida entre outras permitidas, poder-se-ia admitir a inclusão no SIMPLES, seria necessária a comprovação de que suas receitas provêm apenas das atividades permitidas.

f) Nestes autos não há comprovação de quais foram as atividades que proporcionaram receita, constando apenas a informação relativa ao CNAE- Fiscal 8012-8-00 – educação infantil. Por isso, deve prevalecer o entendimento de que a empresa não reúne os requisitos necessários à inclusão no sistema, ou seja, não comprovou o não-exercício de atividades vedadas constantes do objeto social declarado na alteração contratual.

g) A decisão da DERAT (fls.58), de reinclusão da empresa a partir de 01.01.2001, se afigura indevida, devendo ser negada a reinclusão no SIMPLES.

A ciência do contribuinte se deu em 20.03.2006 (AR de fls.95-verso), e o recurso voluntário foi postado nos Correios em 17.04.2006 (fls.96), tempestivamente. O recurso está expresso nos exatos termos constantes às fls.97/108, o qual basicamente reproduz as razões apresentadas na fase de impugnação, com reforço aos seguintes aspectos a seguir resumidos:

1. Insiste em apontar inconstitucionalidades pelo fato da lei infraconstitucional extrapolar a definição quantitativa do que seja microempresa ou empresa de pequeno porte, acusa também a quebra do tratamento isonômico ;

2 A requerente entendendo enquadrar-se na condição de microempresa (ou empresa de pequeno porte) Nos termos da 9.317/96 c/as alterações da Lei 9.732/98, optou pela inscrição no SIMPLES. Dos artigos 2º,3º,5º e 8º da Lei 9.317/96 se depreende que a opção é permitida a todas as microempresas e empresas de pequeno porte, desde que faturem até o limite estabelecido em lei.

3. O desenquadramento da empresa pela SRF, com base no art.9,XIII é inconstitucional e, mesmo que não fosse, não poderia ser aplicado no caso porque a recorrente não exerce a atividade de professor e sim de empresa legalmente constituída. A escola não se resume à atividade do professor, nem o professor à atividade da escola;

4. Convém lembrar que após a edição da Lei 7.256/84, fez-se constar no art.3º,VI vedação à prestação de certos serviços profissionais e outros que se lhes possam assemelhar, naquela oportunidade a exemplo do ocorre hoje a matéria foi submetida ao Egrégio Conselho de Contribuintes, 4ª Câmara, que através do acórdão 104-9.223 decidiu que o estabelecimento de ensino, microempresa organizada com professores e auxiliares regularmente contratados, se preenchidos os requisitos da Lei 7.256/84 não poderia ser desenhada deste regime sob o argumento de exercer atividade que se assemelha às relacionadas no inciso VI,do art.3º da referida Lei. Ora, as disposições contidas no art.9º da Lei 9.317/96 é praticamente “bis in idem” daquela disposição do art.3º,VI da Lei 7.256/84

5. Diante do exposto conclui que o art.9º da Lei 9.317/96 é absolutamente inconstitucional, tanto por estabelecer critério diverso (qualificativo) daquele ditado pela Carta Magna, como também por ferir o princípio básico da isonomia tributária. E mesmo que se pudessem ignorar tais inconstitucionalidades, ainda assim a recorrente não estaria inclusa no rol das absurdas e abusivas vedações descritas na lei, pois como ficou demonstrado não se trata de atividade de professor ou assemelhado e, tão pouco, de qualquer outra profissão que dependa de habilitação profissional legalmente exigida.Os sócios mantenedores da empresa não precisam possuir qualquer habilitação profissional, e para que a empresa pudesse ser assemelhada à profissão de professor, deveria ser considerada como assemelhada a várias outras atividades, tais como a atividade de limpeza, ou mesmo à atividade de segurança, além de outras.

Processo nº : 11610.009480/2003-63
Resolução nº : 303-01.341

Requer a procedência do recurso, e conseqüentemente que seja considerado insubsistente o Ato Declaratório de exclusão, e mantida a opção feita.

É o relatório.



VOTO

Conselheiro Zenaldo Loibman, relator.

Trata-se de matéria da competência desta 3ª Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, e estão presentes os requisitos de admissibilidade.

Observe-se, inicialmente, que este processo foi iniciado pelo requerimento de fls.01 que se refere a pedido de reenquadramento no SIMPLES desde 01.01.1997, informando que vem desde aquela data efetuando recolhimento de tributos e apresentando declarações na sistemática do SIMPLES, e que sempre esteve enquadrada nas condições previstas na lei de regência.

Não se encontra nestes autos o ADE de exclusão DERAT nº 156.893, de 09.01.99, apenas mencionado de passagem às fls.58 pela Decisão DICAT nº 1.659/2005, e muito menos há qualquer evidência de que o mesmo tenha sido cientificado ao interessado. Veja-se que o extrato do Sistema Consulta Declarações IRPJ de fls.46 atesta que a empresa apresentou sempre, desde 1997, declaração anual pelo SIMPLES, inclusive no período em que supostamente deveria estar excluída por determinação do referido ADE. Ademais não houve na época da expedição do ADE nenhum registro de apresentação de SRS, e os termos em que foi apresentada a impugnação de fls.63/75 parecem confirmar a falta de ciência à época da exclusão determinada de ofício, pretendendo neste processo refutar as razões evocadas para a exclusão.

De fato não foi indicada nenhuma evidência de que tenha sido dada ciência do ADE mencionado (também ausente destes autos), de forma que entendo ser pertinente conhecer do recurso não apenas para examinar a possibilidade de reinclusão no sistema, mas também conforme pretende a recorrente, para admitir a apreciação do pedido de cancelamento do ADE de exclusão.

A decisão da DRF/DERAT - SPO/DICAT Nº 1.659/2005 deferiu **parcialmente** o pedido do contribuinte no sentido de determinar a reinclusão no SIMPLES a partir de 01.01.2001, como EPP contribuinte do ISS, promovendo sua regularização cadastral, e informando o direito do interessado de no prazo de 30 dias a contar da ciência da decisão, manifestar sua inconformidade perante a DRJ **naquilo que se refere à parte não deferida na solicitação**, conforme consta às fls.59, *in fine*. Ressalvando o direito do fisco de apurar a qualquer tempo a existência de novos impedimentos à opção.

De forma que, desde então, os limites da lide passaram a ser restritos à solução da questão de ser a inclusão retroativa apenas a 01.01.2001, conforme decidiu a DERAT/SPO, ou então, retroativa a 01.01.1997, conforme pretende a interessada ora recorrente.



Processo nº : 11610.009480/2003-63
Resolução nº : 303-01.341

Aquela decisão da DERAT decorreu da verificação de que no Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral constante dos registros da SRF, fls.11, consta a atividade de educação fundamental, código 80.12-8-00, e que a partir da vigência da Lei 10.034/00, passou a se excluir da vedação as creches, pré-escola e escola de ensino fundamental. Deferiu apenas parcialmente o pedido, com base em que a exclusão se deu em data anterior à vigência da lei nova, e a reinclusão somente caberia a partir de 01.01.2001. Cabe registrar, por outro lado, que nem na impugnação, nem no recurso voluntário a empresa confirmou que sua atividade se restringe a educação fundamental.

A sua argumentação é quanto à inconstitucionalidade e ilegalidade da vedação de qualquer empresa de educação. Do Contrato Social consta a previsão de um rol de atividades que abrange atividades impeditivas e outras não impeditivas, não restando claro quais são efetivamente exercidas.

Aqui cabe registrar equívoco grave na decisão recorrida. A DRJ promoveu com a sua decisão, de fls.86/94, o chamado reformatio in pejus não admitido no sistema jurídico nacional vigente, posto que pretendeu reformar a decisão tomada pela DERAT/SPO, e determinar o integral indeferimento da reinclusão. A decisão da DRJ foi além dos limites da lide e reformou a decisão DRF/DERAT - SPO/DICAT Nº 1.659/2005, em prejuízo do direito da impugnante. Porém, a meu ver, s.m.j., apesar do exposto, penso que não deve haver a devolução da matéria à instância *a quo*, por observância do princípio da economia processual. É que pela argumentação exposta na decisão recorrida fica claro que se houvesse a devolução da matéria, aquele órgão julgador no máximo poderia vir a assentir em manter a decisão da DERAT, já que partiu da premissa de ter sido definitiva a exclusão determinada pelo ADE, porém o motivo do recurso ao Conselho foi pedir o reconhecimento de direito mais amplo, ou seja, de reinclusão retroativa a 01.01.1997. Proponho, então, que não haja a devolução dos autos à primeira instância julgadora. Prossigo na minha argumentação.

As razões de fundamentação da decisão recorrida ferem também o disposto no art.112, II, do CTN, de forma que quando remanesça dúvida quanto à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, a interpretação da lei tributária que define infração ou comine penalidade deveria ser a mais favorável ao acusado. Assim se destes autos não consta nenhuma evidência de que tenha sido auferida receita proveniente de atividade impedida, a conclusão imediata não poderia ser a presunção de que houve tal receita para assim impedir a inclusão no SIMPLES, conforme defendeu o voto condutor do acórdão recorrido às fls.94 (parágrafos 30 e 31). Ademais, a exigência de prova negativa, como se sabe, é descabida.

Se do Contrato Social consta um rol de atividades permitidas e algumas não permitidas, isto por si só não garante que atividade não permitida tenha sido praticada e, muito menos, que tenha originado qualquer receita. A decisão recorrida jamais poderia ter se fundado numa dúvida quanto ao efetivo exercício de atividade impeditiva ou quanto ao auferimento de receita proveniente de atividade impedida ao SIMPLES para indeferir o pedido.

Processo nº : 11610.009480/2003-63
Resolução nº : 303-01.341

Diante dessa dúvida, a autoridade julgadora deve, no mínimo, determinar a realização de diligência para que se identifiquem exatamente quais eram, e quais são, as atividades exercidas pela interessada, discriminando-se a natureza das receitas auferidas.

Portanto, este é o meu voto, que seja este julgamento convertido em diligência à repartição de origem para cumprir o indicado no parágrafo anterior.

Sala das sessões, em 04 de julho de 2007.



ZENALDO LOIBMAN – Relator.