



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº 13770.000274/2003-81
Recurso nº 135.607 Voluntário
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
Acórdão nº 303-35.630
Sessão de 11 de setembro de 2008
Recorrente CENTRO EDUCACIONAL BRUNOW LTDA.
Recorrida DRJ-RIO DE JANEIRO/RJ

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

ANO-CALENDÁRIO: 2003

SIMPLES - EXCLUSÃO - LC 123, de 14/12/06 - "ENSINO MÉDIO".

Nos termos da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, artigo 17, §1º, inciso I, as atividades empresariais de *"creche, pré-escola e estabelecimento de ensino fundamental"*, bem como, o dispositivo do §2º, *"poderão optar pelo Simples Nacional sociedades que se dediquem exclusivamente à prestação de outros serviços que não tenham sido objeto de vedação expressa no caput deste artigo"*.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da terceira câmara do terceiro conselho de contribuintes, por maioria de votos, dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do relator. Vencidos os Conselheiros Luis Marcelo Guerra de Castro, Celso Lopes Pereira Neto e Anelise Daudt Prieto, que negaram provimento.


ANELISE DAUDT PRIETO - Presidente


NILTON LUIZ BARTOLI - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Nanci Gama, Heroldes Bahr Neto, Vanessa Albuquerque Valente e Tarásio Campelo Borges.

Relatório

Tornam os autos a julgamento por esta Eg. Câmara, tendo em vista cumprimento da diligência formulada na Resolução nº 303-01.324, constante às fls. 72/77.

Com o intuito de ilustrar o presente e recordar aos pares a matéria, adoto o relatório de fls. 73/75, o qual passo a ler em sessão.

Comprova o cumprimento da referida diligência os documentos juntados às fls. 84/137.

É o relatório.

Voto

Conselheiro NILTON LUIZ BARTOLI, Relator

Tendo em vista o retorno da diligência solicitada em 14 de junho de 2007, retornam os autos a esse relator para julgamento.

Cinge-se a questão em pedido de inclusão no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, com data retroativa a 01/01/2002.

O pedido de inclusão do recorrente foi indeferido em razão do exercício da atividade econômica do Recorrente, que explora as atividades de pré-escola, ensino fundamental e ensino médio, conforme o disposto em seu contrato social.

Considerou a decisão ora recorrida, que a atividade de ensino médio, constante no Contrato Social da empresa, não é abarcada pelas modificações no art. 9º, inciso XIII, introduzidas pela Lei 10.034/2003, possibilitando às creches, pré-escolas e instituições de Ensino Fundamental a opção pelo Simples.

No caso em pauta, o presente processo foi convertido em diligência, visto que o conjunto probatório trazido nos autos foram considerados insuficientes para constatar quais são as atividades de fato, exercidas pelo Recorrente.

Assim, o julgamento foi convertido em diligência à repartição de origem para que fosse realizada a verificação “*in loco*”, a fim de:

- 1. verificar e relacionar quais as atividades desenvolvidas pelo Recorrente;*
- 2. verificar se há professores, identificando-os se sócios ou contratados;*
- 3. juntar cópias dos funcionários contratados, desde a opção efetivada através do DBE de fls. 08.*

Em atendimento a diligência, a autoridade fiscal intimou o Recorrente (fls. 87/85) para que este apresentasse a cópia de RAIS dos funcionários contratados, desde a opção efetivada através do DBE, ou seja, 04/01/2002, sendo este atendido, conforme informação constante às fls. 87.

O r. Auditor-Fiscal também reteve as Relações Anuais de Informações Sociais – RAIS, ano-base 2002, 2003 e 2004.

Por conseguinte, foi encaminhado o ofício nº 298/2007/DRF/ES – SEFIS a Superintendência Regional de Educação do município de Colatina/ES (fls. 127), para que as seguintes informações fossem concedidas:

Quantos alunos concluíram o ensino médio nos anos letivos de 2002, 2003 e 2004 no estabelecimento do recorrente;

Cópia dos documentos oficiais da Superintendência que registram e comprovam a informação supramencionada.

O referido ofício foi atendido às fls. 128, no qual constam que o quantitativo de alunos que concluíram o Ensino Médio foi de 09, 08 e 05 alunos, nos anos de 2002, 2003 e 2004, respectivamente, e, em anexo, ainda, foram colacionadas as cópias das Atas de Resultados Finais das 3ª séries do Ensino Médio.

Diante do exposto, a autoridade lavrou o Termo de Constatação e Encerramento de Diligência Fiscal nº 342/2007, no qual em síntese afirma que, da análise da resposta do citado ofício, resta comprovado que o recorrente manteve atividades de Ensino Médio nos anos letivos de 2002, 2003 e 2004.

O recorrente, embora cientificado da referida diligência em 31/03/2008 (AR – fls. 135), não apresentou manifestação acerca do apurado pela fiscalização.

Assim, após este breve relatório, analiso o mérito com base nos documentos anexados nos autos pela autoridade fiscal, em respeito ao princípio da verdade material.

Como exposto acima, a controvérsia travada nos autos, refere-se à atividade exercida pelo recorrente: se esta é uma atividade que incorre em vedação à opção Simples.

Cumpre-nos, portanto, analisar o objeto social da Recorrente, à época dos fatos, às fls. 04:

“CLÁUSULA SEGUNDA: A sociedade terá por objeto social: Atividades educacionais, oferecer educação infantil, ensino fundamental e médio.”(g.n)

Posteriormente, foram realizadas alterações contratuais, cujo objeto consiste às fls. 116:

Artº 3º) – A sociedade terá por objetivo social, Atividades Educacionais, Educação Infantil e Médio. (Cód. SRF 8015-2/00).(g.n)

Consigne-se que Alteração Contratual constante às fls. 121/125, em nada versa sobre a alteração do objeto social da empresa.

Primeiramente, observo que de fato o inciso XIII do artigo 9º da Lei nº. 9.317, de 05/12/1996, vedava opção à pessoa jurídica que:

“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;" (g.n)

E posteriormente, o art. 9º, da referida Lei foi alterado com o advento Lei nº 10.034, publicada em 25/10/2000, como se observa pelo artigo 1º, transcrito abaixo:

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

Isto posto, importa agora analisarmos se as atividades exercidas pelo recorrente, descritas acima, encontram-se realmente prescritas dentre às vedadas à opção.

Assim, para o caso em questão, cumpre notar o que dispõe o §2º, do artigo 17, da Lei Complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006, que a partir de 1º de julho de 2007, revogou¹ a Lei do Simples (Lei nº. 9.317, de 5 de dezembro de 1996):

"Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:

(...)

§1º As vedações relativas a exercício de atividades previstas no caput deste artigo não se aplicam às pessoas jurídicas que se dediquem exclusivamente às atividades seguintes ou as exercem em conjunto com outras atividades que não tenham sido objeto de vedação no caput deste artigo:

(...)

I – creche, pré-escola e estabelecimento de ensino fundamental;

(...)

XVI – escolas livres, de línguas estrangeiras, artes, cursos técnicos e gerenciais;

(...)

"§2º Poderão optar pelo Simples Nacional sociedades que se dediquem exclusivamente à prestação de outros serviços que não tenham sido objeto de vedação expressa no caput deste artigo."
(g. n)

Analisando as atividades exercidas pela Recorrente em contraposição às vedações dispostas na Lei Complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006, verifica-se que

¹ Lei Complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006

Art. 89 – Ficam revogadas, a partir de 1º de julho de 2007, a Lei nº. 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e a Lei nº. 9.841, de 5 de outubro de 1999.

aquelas não se encontram dentre as impeditivas à opção pelo Simples, não sendo cabível sua exclusão do Simples, em razão dos motivos aduzidos no ADE.

Depreende-se da análise da legislação acima transcrita, que é permitido a opção ao Simples quando o recorrente exercer atividades que explorem a educação, expressamente, creche, pré-escola e estabelecimento de ensino fundamental;

E, conforme interpretação do §2º, do art. 17 da LCP nº 123/2006, como **a atividade de ensino médio não é objeto de vedação expressa**, logo, tal atividade pode se beneficiar do sistema simplificado.

Concluo, portanto, que apesar da diligência fiscal ter constado que a Recorrente exerceu a atividade de ensino Médio nos anos de 2002, 2003 e 2004, conforme os documentos acostados às fls. 128/131, entendo que esta **não é objeto de vedação ao Simples, sob a ótica da legislação vigente**.

No tocante à aplicação da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, ao presente, importa destacar, o que ela dispõe, em seu artigo 16, §4º:

“§4º Serão consideradas inscritas no Simples Nacional as microempresas e empresas de pequeno porte regularmente optantes pelo regime tributário de que trata a Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, salvo as que estiverem impedidas de optar por alguma vedação imposta por esta Lei Complementar”

Note-se que a Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, dispôs que a opção pelo ‘Simples Nacional’ das ME (microempresas) e EPP (empresas de pequeno porte) será na forma estabelecida pelo Comitê Gestor, órgão vinculado ao Ministério da Fazenda, para tratar dos aspectos tributários da Lei Geral do Simples.

Com efeito, através da Resolução CGSN nº 04, de 30/05/07, o mencionado Comitê Gestor, ao regulamentar a opção ao ‘Simples Nacional’, resolveu em seu artigo 18 que:

“Art. 18. Serão consideradas inscritas no Simples Nacional as ME e EPP regularmente optantes pelo regime tributário de que trata a Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, salvo as que estiverem impedidas de optar por alguma das vedações previstas nesta Resolução.”

Pondero, neste ponto, que tal artigo, primeiramente, convalida a migração automática para o ‘Simples Nacional’, não havendo necessidade, neste sentido, de formalização expressa para a opção.

Noutro aspecto, o dispositivo (*in fine*) ressaltou que só há migração automática caso não haja impedimento para tanto, mas advindos da nova lei.

Entretanto, cumpre ainda notar o que dispõe o §1º da citada Resolução CGSN nº 04, de 30/05/07, que diz respeito aos casos ainda não definitivamente julgados:

“Art. 18.

(...)

§1º Para fins de opção tácita de que trata o caput, consideram-se regularmente optantes as ME e as EPP, inscritas no CNPJ como optantes pelo regime tributário de que trata a Lei nº 9.317/96, que até 30 de junho de 2007 não tenham sido excluídas dessa sistemática de tributação ou, se excluídas, que até essa data não tenham obtido decisão definitiva da esfera administrativa ou judicial com relação a recurso interposto.

Desta forma, o dispositivo em questão esclarece que também se consideram regularmente optantes aquelas empresas que se excluídas até 30/06/07, não tenham obtido decisão definitiva na esfera administrativa ou judicial, com relação ao recurso interposto.

Por tudo isto, se conclui que a retroatividade está prevista na própria sistemática da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, e mesmo que não assim não o fosse, o artigo 106, do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25/10/1966) estipula que:

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

(...)

II – tratando-se de ato não definitivamente julgado:

quando deixe de defini-lo como infração;”

E não se diga que não seria o caso da lei nova deixar de definir como ‘infração’, pois se a Lei nº 9.317/96 discriminava atividades que vedavam a opção ao Simples, caso estas fossem exercidas por recorrente optante, haveria, nesta hipótese, clara infração ao regime da Lei nº 9.317/96.

Portanto, se a lei nova não pune mais certo ato, que deixou de ser considerado como infração, também pelo artigo 106 do Código Tributário Nacional, ela retroage em benefício do recorrente, como no presente.

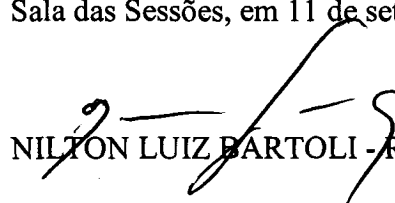
No mais, não se pode deixar de considerar o estabelecido na Lei de Introdução ao Código Civil vigente (Lei nº 4.657, de 04/09/1942), que dispõe em seu artigo 6º que:

“Art. 6º A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.”

Logo, tal qual prescreve a LICC, chamada de ‘lei de introdução às leis’, uma vez que dita princípios gerais sobre as normas de direito público e de direito privado (arts. 7º a 19), as normas têm efeito imediato e geral.

Diante desses argumentos, DOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

Sala das Sessões, em 11 de setembro de 2008


NILTON LUIZ BARTOLI - Relator