



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº	13807.008672/99-89
Recurso nº	132.853 Voluntário
Matéria	SIMPLES - EXCLUSÃO
Acórdão nº	301-33.478
Sessão de	06 de dezembro de 2006
Recorrente	NÚCLEO DE RECREAÇÃO INFANTIL BÉRGAMO S/C LTDA.
Recorrida	DRJ/SÃO PAULO/SP

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

Data do fato gerador: 09/01/1999

Ementa: SIMPLES. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PEREMPÇÃO.

Declara-se a perempção quando a peça recursal é interposta intempestivamente.

PRECEDENTES de todas as Câmaras do Terceiro Conselho de Contribuintes, acs. Nº 301-27387, 302-33749 e 303-27627.

DECISÃO TERMINATIVA.

São terminativas as decisões de primeira instância, quando esgotado o prazo para recurso voluntário sem que este tenha sido interposto.

RECURSO VOLUNTÁRIO NÃO CONHECIDO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da PRIMEIRA CÂMARA do TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso por intempestividade, nos termos do voto do Relator.



OTACÍLIO DANTAS CARTAXO – Presidente e Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros José Luiz Novo Rossari, Luiz Roberto Domingo, Valmar Fonsêca de Menezes, Susy Gomes Hoffmann, Davi Machado Evangelista (Suplente) e Maria Regina Godinho de Carvalho (Suplente). Ausentes as Conselheiras Atalina Rodrigues Alves e Irene Souza da Trindade Torres. Esteve presente o Procurador da Fazenda Nacional José Carlos Dourado Maciel.

Relatório

A Recorrente já identificada tem por objeto a exploração de escola de jardim de infância, pré-escola e núcleo de recreação infantil, conforme a cláusula quinta de seu contrato social (fls. 12/13).

Por meio do Ato Declaratório nº 143.069, de 09/01/99 (15), foi excluída do Simples sob a égide do art. 9º da Lei nº 9317/96, e alterações posteriores, em razão do exercício de atividade econômica não permitida para o Simples.

Inconformada impugna o feito aduzindo sucintamente (fls. 01/10):

** A CF/88 garante ao cidadão o direito de livre exercício de profissão bem como a constituição e de empresas, seja ela de qualquer porte, notadamente às microempresas e empresas de pequeno porte, assistindo-lhes tratamento diferenciado, conforme os seus arts. 170-IX e 179.*

** A Lei nº 9317/96, ao regular o texto constitucional exorbitou na parte que estabelece as condições qualitativas e não apenas quantitativas para a opção para o regime diferenciado, revestindo-se de eivas de inconstitucionalidade.*

** Em nenhum momento o Constituinte delegou ao legislador 'comum' o poder de fixação ou até mesmo de definição de atividades 'excluídas' do benefício, não podendo o art. 9º da Lei nº 9317/96, inserir no seu texto os incisos III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XVIII, eis que cabe à lei complementar regular as limitações constitucionais ao poder de tributar, conforme o art. 146, CF.*

** Houve quebra da igualdade tributária e quebra do tratamento isonômico, prevista no art. 150-II, CF.*

** Alega que a decisão equivocou-se ao concluir pela equiparação do exercício de atividade escola à atividade de professor, sustentando os seus argumentos de acordo com toda a legislação ordinária que procurou traçar parâmetros de fixação de encargos educacionais desde o ano de 1969, pelo DL 532/69, passando pela LEI nº 8.170/91 e diversas MP's, inclusive a de nº 1.477, que estabeleceram de forma clara os componentes de custos destas empresas.*

** O Conselho Federal de Educação, atual Conselho Nacional de Educação, através da Resolução nº 01/83, DOU de 18.01.83, seção 01, p. 1025, dispôs em seu art. 2º, § 1º, enunciados do qual se extrai que: a atividade do professor, pessoa física começa e termina no primeiro item, entre os relacionados, dada a sua complexidade.*

** Transcreve ementa do acórdão nº 104-9.223, que proviu o recurso, "MICROEMPRESA – ESTABELECIMENTO DE ENSINO. ENQUADRAMENTO – Sociedade organizada para gerir estabelecimento de ensino, com professores e auxiliares regularmente contratados, se preenchidos os requisitos do Estatuto da Microempresa*



– Lei n.º 7.256/74, não pode ser desenhado deste regime sob o argumento de que a atividade se assemelha àquelas relacionadas no inciso VI, art. 3º da referida lei”.

* As disposições contidas no art. 9º da Lei n.º 9317/96 é, praticamente, 'bis in idem' da disposições contidas no inciso VI, do art. 3º da Lei n.º 7256/84.

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

* A Entidade Mantenedora Educacional não é uma sociedade de profissionais para exercício da profissão de professor. A Entidade é 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.

* Conclui que o art. 9º da Lei 9317/96 é inconstitucional tanto por estabelecer critério diverso (qualificativo) daquele do ditado pela Carta Magna, como também por ferir o princípio básico da isonomia (igualdade) tributária.

* Sócios/mantenedores da prestadora de serviços educacionais não precisam possuir qualquer habilitação profissional. E mais, para que a empresa pudesse ser tida como assemelhada à profissão de professor, teria que ser tida e considerada como assemelhada à tantas outras atividades como, por exemplo, à atividade de limpeza e mesmo à atividade de segurança além de outras.

* Requer o reconhecimento pela regularidade da inscrição da Impugnante no Simples e que seja tornado sem efeito o Ato Declaratório emitido.

Acatada como SRS a peça exordial, a interessada avia nova impugnação reiterando-os (fls. 22/33).

O acórdão DRJ/SPOI n.º 6348/05 (fls. 37/44), afastando a alegação de inconstitucionalidade argüida, com fulcro no PN/CST n.º 329/70, para indeferir a solicitação formulada pelo contribuinte, por entender que não poderá 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 (art. 9º-XIII, Lei 9317/96).

Esclarece que a Lei 9317/96 ampliou a abrangência da lista inserta na Lei n.º 7713/88, desta feita para fins de vedação à opção pelo Simples de empresas que exerçam as atividades ali relacionadas, bem assim o art. 51 desta lei guardava consonância com o art. 52 da Lei n.º 7450/85, que determinou a tributação na fonte “das importâncias pagas ou creditadas a pessoas jurídicas, civis ou mercantis, pela prestação de serviços caracterizadamente de natureza profissional”. Ademais disso a IN/SRF n.º 23/86 listou em seu item 18 as atividades de “ensino e treinamento” entre aquelas sujeitas à retenção estabelecida pelo referido art. 52.



Assinala que o PN/CST n.º 08/86, observa em seu item 11, que a expressão “serviços caracterizadamente de natureza profissional” traduz a “pretensão do legislador de submeter à incidência do imposto de renda na fonte as remunerações auferidas por serviços que, por sua natureza, se revelem inerentes ao exercício de quaisquer profissões, sendo irrelevante (...) que se trate de profissão regulamentada por lei ou não”.

Por sua vez, o item 12 esclarece que as atividades listadas na IN/SRF n.º 23/86, entre as quais figuram “ensino e treinamento”, como já indicado, devem “ser entendidas na aceção de serviços profissionais que poderiam ser prestados individualmente, mas que, por conveniência empresarial, são executadas mediante interveniência de sociedades civis ou mercantis”.

A vedação à prestação de serviços que tenham como base o exercício de profissão regulamentada ou assemelhada a estas decorre da legislação anterior. Assemelhadas são as pessoas jurídicas que prestem ou vendam serviços semelhantes, quando a habilitação profissional foi haurida em estabelecimento de ensino comum, ou cuja prestação ou venda dependa intrinsecamente de serviços prestados pelos profissionais nela elencados.

O cerne da questão é determinar se a atividade desenvolvida pela contribuinte é atividade privativa de professor ou de qualquer outra profissão legalmente regulamentada. Ao aceitar o verbete **professor**, o dicionário Aurélio define como “aquele que professa ou ensina uma ciência, uma arte, uma técnica, uma disciplina; mestre: professor universitário; professor de ginástica”.

O alcance da expressão “assemelhados” em relação à pessoa jurídica, é entendido pela Administração como: que prestem ou vendam serviços relativos às profissões expressamente listadas no inciso XIII do art. 9º da Lei 9317/96.

Nesse sentido encontra-se a Decisão SRRF/1ª RF/DISIT n.º 08/97 proferida em atendimento à consulta formulada por determinado curso de idiomas (vide fl. 42). Na mesma direção foi a Decisão SRRF 8ª RF/DISIT n.º 05, que ainda cita a IN/SRF n.º 74/96 e o Parecer CST/SIPR n.º 374/91.

Ressalta que o ADN/COSIT n.º 29/99, determinou às DRJ e SRRF, que os estabelecimentos de educação que prestam serviços vinculados à atividade de professor estão impedidos de exercer a opção pelo Simples.

Entretanto, posteriormente o art. 1º da Lei 10.034/00, DOU de 25/10/00, alterou o art. 9º da Lei 9317/96, estabelecendo que ficam excetuadas da restrição de que trata o inciso XIII do art. 9º, as pessoas jurídicas que se dediquem às seguintes atividades: creches, pré-escolas, e estabelecimento de ensino fundamental.

Ocorre que o § 3º do art. 1º da IN/SRF n.º 115/00, ao regular as disposições da citada lei, dispôs que “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 10.034/00, desde que atendidos os requisitos legais”.

No caso presente os efeitos da exclusão sobrevieram a partir de 01/03/99 fl. 45), não estando a empresa, portanto, ao amparo da lei para permanecer no sistema.



Ciente da decisão por meio de AR em 09/03/05 (fl. 45-v), protocoliza em 28/04/05, portanto, intempestivamente, o seu recurso voluntário (fls. 46/57), reiterando os termos contidos na exordial, para complementá-los aduzindo sucintamente:

1. Repele o fundamento de que não cabe a esfera administrativa a discussão sobre constitucionalidade do texto legal, a pós a Constituição/88, que espancou de forma definitiva este conceito ao inserir no art. 5º-LV, aos litigantes, em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral, são assegurados o direito à ampla defesa e ao contraditório, com todos os meios e recursos à ela inerentes.

2. Reitera as razões de ordem constitucional, apresentadas e não examinadas pela autoridade recorrida sobre a inconstitucionalidade do art. 9º da Lei 9317/96, que no seu entender não poderia definir, qualitativamente, o que sejam microempresas e empresas de pequeno porte, sob à égide do art. 179, CF/88.

3. 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 as referentes aos incisos IV e seguintes, concentrando-se os mesmos no inciso XIII, quando busca interpretar a figura dos 'assemelhados', mediante interpretações conflitantes.

4. O tumulto foi tão grande que a Lei 10034/00, veio esclarecer 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 de professor. Parece óbvio que não há como excluir algo de onde nunca esteve excluído.

5. Conclui pela inconstitucionalidade do art. 9º da Lei nº 9317/96, tanto por estabelecer critério diverso daquele ditado pela Carta Magna, como por ferir o princípio básico da isonomia tributária, para tornar insubsistente o ato declaratório e mantida a opção feita.

É o relatório.



Voto

Conselheiro Otacílio Dantas Cartaxo, Relator

Versa a matéria em comento sobre a exclusão da ora Recorrente do Simples em razão da exploração empresarial do ramo de escola de jardim de infância, pré-escola e núcleo de recreação infantil, conforme a cláusula quinta de seu contrato social (fls. 12/13).

De antemão, ao proceder à análise de admissibilidade do recurso voluntário interposto, constatou-se que a data da ciência da decisão prolatada pela DRJ/SPOI de fls. 37/44, mediante a assinatura em AR (fl. 45-v), deu-se em 09/03/05. Entretanto, conforme carimbo do protocolo de recebimento nº 1620, da DERAT/SPO (fl. 46), apenas foi registrada a interposição do presente recurso voluntário em 28/04/05.

O art. 33 do Dec. nº 70.235/72 dispõe que *“da decisão caberá recurso voluntário, total ou parcial, com efeito suspensivo, dentro dos 30 (trinta) dias seguintes à ciência da decisão”*.

Por sua vez o art. 5º do mesmo diploma legal estabelece que *“os prazos serão contínuos, excluindo-se na sua contagem o dia de início e incluindo-se o do vencimento”*.

Na seqüência, o parágrafo único desse *mandamus* registra que *“os prazos só se iniciam ou vencem no dia de expediente normal no órgão em que ocorra o processo ou deva ser praticado o ato”*.

De acordo com os dispositivos legais citados, a contagem do prazo para interposição do referido recurso cuja ciência deu-se em 09/03/05 (quarta-feira), teria início no dia 10/03/05 (quinta-feira) e terminaria no dia 08/04/05 (sexta-feira). Logo, havendo a contribuinte registrado o ingresso de seu recurso voluntário em protocolo da repartição fiscal em 28/04/05, portanto, 20 (vinte) dias depois do prazo legal, tornou-se o mesmo perempto e, por conseguinte terminativa a eficácia da decisão de primeira instância, nos termos do art. 42-I do decreto retromencionado, que textualmente assinala: *“são definitivas as decisões: I – de primeira instância, esgotado o prazo para recurso voluntário sem que este tenha sido interposto”*.

Ante o exposto deixo de conhecer do recurso voluntário, em razão de sua interposição intempestiva.

É assim que voto.

Sala das Sessões, em 06 de dezembro de 2006


OTACÍLIO DANTAS CARTAXO - Relator