



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

| | |
|--------------------|---|
| Processo n° | 13819.000953/2001-94 |
| Recurso n° | 128.353 Embargos |
| Matéria | SIMPLES - EXCLUSÃO |
| Acórdão n° | 303-34.225 |
| Sessão de | 29 de março de 2007 |
| Embargante | INSTITUTO EDUCACIONAL STAGIUM S/C LTDA. |
| Interessado | DRJ-CAMPINAS/SP |

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

Exercício: 2000

Ementa: EMBARGOS. Acolhem-se os embargos em face de ocorrência de lapso manifesto no Acórdão embargado.

PAF. TEMPESTIVIDADE. Comprovado que a empresa apresentou tempestivamente o recurso voluntário, dele toma-se conhecimento.

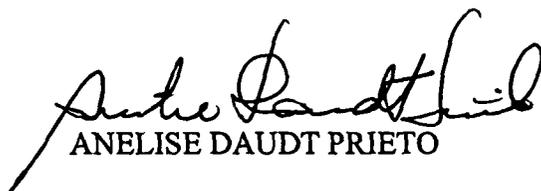
SIMPLES. EXCLUSÃO. Não podem optar pelo SIMPLES as empresas que exercem atividade de ensino, vedada pelo artigo 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/96, exceto nos casos previstos pela Lei nº 10.340, de 24/10/2000.

Embargos acolhidos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da TERCEIRA CÂMARA do TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, acolher os embargos de declaração ao Acórdão 303-32.543, de 09/11/2005 e retificar a decisão para conhecer do recurso voluntário. Por maioria de votos, negar provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora. Vencidos os Conselheiros Sérgio de Castro Neves, Silvio Marcos Barcelos Fiúza e Marciel Eder Costa, que davam provimento.

ASP



ANELISE DAUDT PRIETO

Presidente e Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Zenaldo Loibman, Nanci Gama, Tarásio Campelo Borges e Nilton Luiz Bartoli.

Relatório

Trata-se de contestação proposta pelo contribuinte contra a decisão exarada no Acórdão n.º 303-32.543, em vista de lapso manifesto no julgamento do recurso.

Transcrevo o relatório e o voto proferidos por ocasião daquele julgamento.

“Adoto o relatório da decisão recorrida, que passo a transcrever.

‘Trata o presente processo de exclusão do SIMPLES, conforme Ato Declaratório n.º 351.865/00, porque a empresa exerce atividade econômica não permitida pela legislação e apresenta débitos inscritos tanto em relação ao INSS, quanto à PGFN.

2. Apresentou sua contestação ao ato declaratório (fls. 01/12), acompanhada dos documentos de fls. 13/20 em 13/11/2000, argumentando, em síntese, que o art. 9º da Lei n.º 9.317, de 05 de dezembro de 1996 é absolutamente inconstitucional por estabelecer critérios diversos àquele ditado pela Constituição de 1988.

3. Em 02/02/2001, retornou aos autos, solicitando que fosse tornada sem efeito sua impugnação anterior, bem como a revogação do ato administrativo de exclusão, devido ao fato de que segundo seu entendimento a Lei n.º 10.034, de 24 de outubro de 2000, assegurou a sua permanência no sistema Simples.

4. Intimada a apresentar as certidões negativas tanto em relação ao INSS, quanto à PGFN (intimação n.º 12, de 05/04/2001 – fl. 26), com ciência em 17/04/2001, a interessada se manifestou em 03/05/2001, argumentando ser tal intimação descabida e protelatória, uma vez que de acordo com a IN n.º 115, de 27 dezembro de 2000, o ato administrativo de exclusão deve ser tornado insubsistente. Não há porque apresentar qualquer documento ou SRS, pois já se manifestou no que respeita ao ato declaratório, requerendo o seu cancelamento.

5. O pleito foi indeferido pela autoridade preparadora (fl. 36/38), sob a fundamentação de que ao contrário do entendimento da interessada, as atividades econômicas que constam de seu objeto social (fl. 17) estão vedadas pelo art. 9º da Lei n.º 9.317, de 05 de dezembro de 1996, não sendo alcançadas pelas exclusões determinadas pela Lei n.º 10.034, de 24 de outubro de 2000, não constando, também, do presente processo, nenhuma comprovação da sua regularidade fiscal junto ao INSS e à PGFN. Cumpre salientar que inicialmente o contribuinte foi comunicado daquele indeferimento através da intimação n.º 523, de 06/06/2001 (fl. 42), com ciência em 19/06/2001 e, posteriormente, com uma comunicação de cobrança n.º 30/240/02 (fl. 52), com ciência em 19/07/2002, por se entender que aquela intimação havia sido encaminhada para endereço incorreto (fl. 50).

6. Em 22/08/2002, foi apresentada a manifestação de inconformidade da contribuinte (fl. 54/67), argumentando-se que:

6.1. deixou de atender as duas intimações de n.ºs 12 e 523, por se encontrar na época devidamente inscrita no sistema Simples e de

acordo com a IN nº 115, de 27 de dezembro de 2000, o ato declaratório que a excluiu dessa sistemática deveria ser tornado nulo;

6.2. a matéria trazida à baila é de ordem constitucional e legal, não podendo ser apreciada e decidida com base em dispositivos normativos infraconstitucionais e infralegais. Tece alguns comentários a respeito do fundamento de que cabe a discussão da constitucionalidade das leis na esfera administrativa, pois a autoridade fiscal seria responsável quando da aplicação de leis inconstitucionais;

6.3. a Constituição Federal garante o direito de livre exercício de profissão, bem como a constituição de empresas, de qualquer porte. Garante também às microempresas e empresas de pequeno porte tratamento diferenciado (art. 170);

6.4. a matéria abordada pelo art. 9º da Lei nº 9.317/1996 é manifestamente inconstitucional, visto que, pelo art. 179 da Constituição Federal, caberia à lei a função de definir de forma exclusivamente quantitativa e não qualificativa o que sejam microempresas e empresas de pequeno porte;

6.5. entende estar havendo uma discriminação tributária em virtude da atividade exercida pela empresa, a qual fere o princípio da igualdade esculpido no art. 150 da Constituição Federal. Cita textos de renomados doutrinadores em apoio de sua tese;

6.6. a decisão ora impugnada concluiu que a atividade da escola é assemelhada a de professor, sendo que a escola não se resume no professor, nem este naquela, pois para poder funcionar, a entidade necessita um complexo de instalações, de insumos, de valores às vezes mais expressivos que o custo da mão-de-obra do professor;

6.7. é indispensável a contratação de professores, no entanto há necessidade também de pessoal de limpeza, manutenção, bibliotecários, equipe técnico-administrativa, pedagogos, psicólogos, seguranças, etc. Assim, para que a atividade da escola fosse assemelhada à de professor, haveria necessidade de sê-lo com relação às outras atividades também;

6.8. o art. 9º da Lei nº 9.317/96 veda a possibilidade de que profissionais, no exercício de suas profissões, criem uma pessoa jurídica para exercer as suas profissões e venham a se beneficiar do Simples;

6.9. a Entidade Mantenedora Educacional não é uma sociedade de profissionais para o exercício da profissão de professor, mas sim uma sociedade entre empresários, sem exigência de qualificação profissional, e livre para contratar profissionais qualificados e habilitados para o exercício de suas profissões.

7. Finalmente, requer a reforma da decisão, para que possa permanecer no sistema Simples.

8. Por se considerar intempestiva a manifestação de inconformidade apresentada em 22/08/2002, a interessada foi intimada, em 24/09/2002, a apresentar declarações retificadoras do Simples no

período de 01/01/2000 a 31/10/2000 e lucro real ou presumido no período de 01/11/2000 a 31/12/2000.

9. Em resposta a essa intimação, a interessada alegou por meio dos documentos de fls. 76/77, que o dia 19/07/2002 foi uma sexta-feira, tendo 30 (trinta) dias para a apresentação de sua manifestação, que foi postada no dia 15/08/2002, conforme AR (fl. 78) e, portanto, o correto é se aceitar a data da postagem como data da apresentação de sua contestação.”

A Delegacia de Julgamento em Campinas indeferiu a solicitação, sob os argumentos de que os estabelecimentos de educação que prestam serviços vinculados à de atividade de professor estão impedidos de optar pelo Simples; e que a interessada não apresentou nenhum documento hábil que comprovasse estarem os débitos inscritos junto ao INSS e a PGFN com a sua exigibilidade suspensa.

Inconformada, a interessada apresenta recurso a este Colegiado alegando as mesmas razões de defesa.

Examinados os autos, verificou-se que a ciência da decisão deu-se no dia 15 de maio de 2003 e a protocolização do recurso deu-se no dia 18 de junho de 2003, portanto, fora do prazo de trinta dias estabelecidos no Decreto 70.235/72.

Sendo o recurso intempestivo, dele não tomO conhecimento.”

O processo retornou à origem e, intimado, o contribuinte apresentou o questionamento de fls. 130/131, bem como comprovante de que o seu recurso foi postado na Agência dos Correios no dia 16/06/2003, documento de fl. 111, e não no dia 18/06/2003, conforme afirmado no acórdão contestado.

Em face da ocorrência de lapso manifesto, decidi, como Presidente, submeter novamente o processo à apreciação da Câmara (fl. 136).

É o Relatório.



Voto

Conselheira Anelise Daudt Prieto, Relatora

Tem razão a recorrente quanto à tempestividade do seu recurso, pois deve ser aceita a data da postagem na agência dos Correios que, no caso, foi feita dentro dos trinta dias do recebimento da intimação. Portanto, sendo tempestivo o recurso, dele tomo conhecimento.

A lide cinge-se ao fato de a empresa ter sido excluída do Simples mediante o Ato Declaratório de Exclusão n.º 351.865, de 02/10/2000, (fl. 20), por pendência da empresa e/ou sócios junto ao INSS e à PGFN, bem como por exercer atividade econômica não permitida.

A questão da exclusão por pendência já está sumulada neste Conselho (Súmula n.º 2, publicada no DOU de 11, 12 e 13/12/2006, vigorando a partir de 12/01/2007): “É nulo o ato declaratório de exclusão do Simples que se limite a consignar a existência de pendências perante a Dívida Ativa da União ou do INSS, sem a indicação dos débitos inscritos cuja exigibilidade não esteja suspensa.”

Entretanto, o ato de exclusão é procedente em face do outro motivo apontado, o exercício de ensino de segundo grau, curso preparatório para o terceiro grau, curso técnico profissionalizante, escola de natação, ginástica, atividades poli-esportivas e culturais.

A contribuinte está abrangida pelo estabelecido no artigo 9º, inciso XIII, da Lei n.º 9.317/96, *verbis*:

“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;”

A empresa que ensina presta serviço profissional de professor. Está, portanto, incluída na vedação que consta do dispositivo em pauta.

Além disso, a Lei n.º 10.340, de 24 de outubro de 2000, em seu artigo 1º, estabeleceu o seguinte: “Ficam excetuadas da restrição de que trata o inciso XIII do art. 9º da Lei n.º 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.”

Com tal dispositivo o legislador, ao fazer algumas exclusões às atividades dos professores abrangidas pelo inciso XIII da Lei n.º 9.317/96, confirmou que as outras atividades por eles exercidas lá permaneceram embutidas. Sendo a empresa também uma escola de segundo grau e de nível superior (fl. 17), não pode permanecer no Simples.



Não tendo a empresa logrado comprovar que não exerce a atividade impeditiva que consta de seu contrato social, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

Ex positis, voto por acolher os embargos inominados e retificar o Acórdão 303-32.543, de 09/11/2005, para: conhecer do recurso voluntário e negar-lhe provimento.

Sala das Sessões, em 29 de março de 2007


ANELISE DAUDT PRIETO - Relatora