



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº : 13884.004647/2002-24
SESSÃO DE : 10 de novembro de 2004
ACÓRDÃO Nº : 301-31.548
RECURSO Nº : 127.861
RECORRENTE : CULTURAL E COMÉRCIO SÃO JOSÉ LTDA.
RECORRIDA : DRJ/CAMPINAS/SP

SIMPLES – LEI Nº 9.317/96, ART. 9º, INCISO XIII
PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE.

À autoridade administrativa não compete afastar a aplicação de lei sob a alegação de inconstitucionalidade, por tratar-se de matéria de competência do Poder Judiciário, com atribuição determinada pelo artigo 102, I, “a” e III, “b” da Constituição Federal. Preliminar rejeitada.

ENSINO. EXCLUSÃO. As pessoas jurídicas cujo objeto social engloba a exploração do ramo de ensino de idiomas estão impedidas de optar pelo Simples por prestarem serviços de professor ou assemelhados.

RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de inconstitucionalidade. No mérito, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Brasília-DF, em 10 de novembro de 2004

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO
Presidente e Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: ROBERTA MARIA RIBEIRO ARAGÃO, 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 : 127.861
ACÓRDÃO Nº : 301-31.548
RECORRENTE : CULTURAL E COMÉRCIO SÃO JOSÉ LTDA.
RECORRIDA : DRJ/CAMPINAS/SP
RELATOR(A) : OTACÍLIO DANTAS CARTAXO

RELATÓRIO

A recorrente impugnou (fls. 02/17) o indeferimento à sua Solicitação da Revisão de Vedação ou da Exclusão da Opção pelo Simples – SRS de folha 51.

A exclusão foi exarada pela DRF/São José dos Campos-SP, em 02/10/2000, através do Ato Declaratório n.º 379.118 (Comunicação de Exclusão) de folha 56, em virtude do exercício de atividade econômica não permitida para o SIMPLES, a prestação de serviços na área de ensino de idiomas e comércio de materiais didáticos.

Em seu pleito, a reclamante, inicialmente, insurge-se contra o artigo 9.º, inciso XIII, da Lei n.º 9.317/96, contra o qual lança a pecha de inconstitucionalidade, por contrariar frontalmente o artigo 150, inciso II, e o artigo 179 da Constituição Federal/88, citados às folhas 05/06.

Continua afirmando que mesmo abstraindo-se a lei em questão do aspecto da constitucionalidade, não poderia ser aplicada contra a requerente, que não exerce a atividade de professor e sim de empresa regularmente constituída que explora atividade educacional.

À folha 04, *in fine*, é citada a Lei n.º 10.034/2000, a qual excetua “das vedações da Lei n.º 9.317/96 as empresas que prestam serviços de Ensino Pré-Escolar, Creches e Ensino Fundamental; de notar, **como a requerente, tem como atividade principal a prestação de serviço educacional**, estando plenamente incluída neste sistema de pagamento de impostos simplificado.” (g.n.)

Diz não se aplicar à requerente o artigo 9.º, inciso XIII da referida lei, por tratar-se de empresa (escola) que vende serviços, e não de Professor, que exerce atividade autônoma de lecionar, ou seja, é aquele que presta serviços de forma liberal ou por contratação. “Note-se que uma grande diferença na atividade de venda de serviços e prestação de serviços.”

Cita o Parecer Normativo SRF n.º 15, de 23/09/83, ao distinguir empresas, que se dedicam à “prestação de serviços”, daquelas que se destinam à “venda de serviços”, com o fito de beneficiar aquelas com o recolhimento de 3% de impostos sobre os dividendos distribuídos aos sócios, contra 15% aplicáveis às últimas.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.861
ACÓRDÃO Nº : 301-31.548

Enquadrando-se na última categoria, não deveria ser equiparada à profissão regulamentada de professor, conforme equívoca interpretação da SRF; em suma faz jus à reinserção no SIMPLES.

Por fim, cita diversas jurisprudências – 12.ª Vara Federal de São Paulo, São Pedro D'Aldeia do RJ e 1ª Turma do TRF/2.ª Região – favoráveis a seu pleito.

A DRJ/Campinas-SP, quanto à arguição de inconstitucionalidade lançada contra o Art. 9º, inciso XIII, da Lei n.º 9.317/96, responde que a aferição da constitucionalidade de lei e de normas administrativas só pode ser feita pelo Poder Judiciário, cabendo ao Poder Executivo, e bem assim a todos os seus agentes, o estrito cumprimento dos atos legais regularmente editados e citados à folha 163 – Parecer Normativo CST n.º 329/70, Acórdão 106-16094 do 1.º CC, Sexta Câmara e Portaria MF n.º 258, de 24/08/2001.

Essa vinculação somente deixa de prevalecer quando a norma em discussão já tenha sido declarada inconstitucional pelo STF, entendimento já manifestado pela PGFN (Parecer PGFN/CRE/n.º 948, de 02/07/98, acerca do Decreto n.º 2.346, de 10/10/97).

A exclusão de ofício decorreu do exercício de atividade econômica de ensino de idiomas não permitida para a sistemática simplificada, vez que a prestação de serviços na área de ensino de idiomas implica vedação à opção pelo SIMPLES, no artigo 9º, Inciso XIII, da Lei n.º 9.317/96, citado à folha 164, onde estaria caracterizada como prestação de serviços assemelhados à profissão de professor.

Argumenta que o supracitado dispositivo apenas repete, com acréscimos, o artigo 51 da Lei n.º 7.713, de 22.12.88, citado à folha 164, que, por sua vez guardava consonância com o artigo 52, da Lei n.º 7.450/85.

Mais incisivo, o ADN SRF n.º 29, de 14/10/99, determinou que os estabelecimentos de educação que prestam serviços vinculados à atividade de professor estão impedidos de exercer a opção pelo SIMPLES.

A aceitação inicial à Sistemática é praxe e se subsume a posterior verificação das atividades do cliente com a norma. Por outro lado, a exclusão embasa-se nos artigos 13, 14 e 15 da Lei n.º 9.317/96, transcritos à folha 166.

Por último, o ensino de idiomas exercido pela requerente não se enquadra com nenhuma das atividades de creches, pré-escolas e ensino fundamental, excetuados da exclusão do SIMPLES pelo Art. 1.º da Lei n.º 10.034/2000, regulamentado pela INSRF 115/200.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.861
ACÓRDÃO Nº : 301-31.548

Assim, tendo em vista, a falta de qualquer elemento que justificasse entendimento diverso, ratificou o Ato Declaratório n.º 379.118, de folha 56.

Retornando, a requerente interpôs recurso voluntário de folhas 169/201, onde repisa os argumentos exarados quando da impugnação.

Mais explicitamente, apresenta a **preliminar da possibilidade de administração afastar a aplicação da lei inconstitucional**, citando (fl. 172) Marco Aurélio Greco, advogado e Doutor em Direita pela PUC-SP:

No nosso entender, como o processo administrativo fiscal é instrumento hábil para acerto da relação tributária, pode a autoridade administrativa julgadora fiscal, deixar de aplicar determinada lei por considerá-la inconstitucional.

Cita, ainda, a Professora Diva Malerbi, Desembargadora do TRF/3.ª Região, em prol do mesmo argumento.

A seguir discorre sobre a **Finalidade do SIMPLES** e a razão de sua criação, que visa a distinguir com benefícios tributários as microempresas e empresas de pequeno porte pelo fato de gerarem empregos, mesmo não detendo a tecnologia das grandes empresas.

Na sistemática em análise a requerente se enquadra, por cumprir todas as condições que deram azo à criação do SIMPLES.

Contra a exclusão em questão, levanta a tese da **Diferenciação entre a atividade da recorrente e a figura da profissão de professor**. Neste tópico estende a argumentação utilizada na impugnação e assenta-se no Parecer Normativo SRF n.º 15, de 21.09.83, para firmar o entendimento da distinção da atividade exercida pela interessada e aquela da profissão de professor, do qual se extrai o seguinte excerto (fl. 183):

- 7 - De exposto, não deve ser conceituada como sociedades civis de prestação de serviços relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada, para os efeitos dos decretos-leis citados, aquela que:
- a) tenha por sócias pessoas físicas não titulares de profissão legalmente regulamentada; ou (.....);
 - d) seja cooperativa de prestação de serviços, ou sociedade exploradora de estabelecimento de ensino, de hospital, etc.

E infere que se se constata a verificação da improbidade da utilização da expressão "professor" para a atividade desenvolvida pela empresa, deve-se, também ignorar a expressão assemelhados, onde fica clara a questão da arrecadação.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.861
ACÓRDÃO Nº : 301-31.548

Continuando, estende-se no tópico **Da violação ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade**, para cuja conceituação transcreve Pierre Muller e Celso Antonio Bandeira de Mello, respectivamente (fl. 186) e Rogério Lima Feitosa (fl. 187), sempre arrostando o Art. 9.º, XIII, da Lei n.º 9.317/96.

Na mesma linha, enfatiza **Violação ao princípio da isonomia**, com diversas citações, inclusive da CF, Art. 150, II e 179.

As jurisprudências trazidas à colação, ou consideram inconstitucional a restrição prevista no Art. 9.º, XIII, da Lei n.º 9.317/96, ou abstraem a atividade de escola de idiomas da exclusão do SIMPLES por não se confundir com a atividade de professor nem lhe sendo assemelhada (fls. 193/199).

Por fim, alega ofensa ao Art. 5º, XII, da CF, que assegura o livre exercício da atividade profissional e requer sejam acolhidas as razões argüidas no recurso voluntário e reformada a decisão proferida pela DRJ, com a conseqüente reinclusão no SIMPLES.

É o relatório.



RECURSO Nº : 127.861
ACÓRDÃO Nº : 301-31.548

VOTO

O recurso voluntário, protocolizado em 17/04/2003, é tempestivo, frente à ciência da decisão de 1ª Instância apostada em 19/03/2003, motivo pelo qual passo a analisá-lo.

Antes de se defrontar com o cerne da questão, o pedido de reinclusão no SIMPLES, há que se examinar a preliminar da possibilidade da administração afastar a aplicação da lei inconstitucional, no presente caso, o inciso XIII, do Art. 9.º, da Lei n.º 9.317/96.

Efetuada a análise da preliminar suscitada, em que pese o arrimo oferecido por renomados juristas citados no recurso, é de se lembrar ser defeso “aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação, em virtude de inconstitucionalidade de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo em vigor.”(g.n.), a não ser que tenha havido declaração de inconstitucionalidade “pelo STF, em ação direta, após a publicação da resolução do Senado Federal que suspender a execução do ato.” (Art. 22A, *caput* e inciso “I”).

Ora, ocorre que o atacado inciso XIII, do Art. 9º da Lei nº 9.317/96 não se contempla na ressalva acima, nem pelas demais exceptivas elencadas no mencionado artigo 22A.

Neste diapasão, procede a assertiva do DRJ/Campinas-SP ao arguir que a aferição da constitucionalidade de lei e de normas administrativas só pode ser feita pelo Poder Judiciário, no que se coaduna com o insculpido no artigo 102, inciso I, “a” e III, “b” da Constituição Federal/88, restando, pois, afastada a preliminar examinada.

As demais teses de violação de princípios sustentadas pela recorrente: da diferenciação entre a atividade da recorrente e a figura da profissão de professor; da violação ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade; da violação ao princípio da isonomia; e de ofensa ao artigo 5.º, inciso XII, da Constituição Federal/88 fundem-se na finalidade do afastamento da aplicabilidade da Lei n.º 9.317/96, ou pressupõem a inconstitucionalidade dessa Lei como premissa, hipóteses estas não aceitáveis por este conselho, conforme acima argumentado.

Uma vez reconhecida a lei, i.e., inexistindo ação direta de inconstitucionalidade com efeito *erga omnes*, há que se cumpri-la, inclusive em obediência ao disposto no artigo 7º da Portaria MF n.º 258, de 24/08/2001, citado à folha 163.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.861
ACÓRDÃO Nº : 301-31.548

Conquanto fosse desejável que a Lei atacada fosse mais precisa no sentido de evitar toda gama de contestações interpostas, não se pode deixar de reconhecer que o ministério do ensino de línguas, ou, em outras palavras, a prestação de serviços na área de ensino de idiomas, caracteriza-se como atividade assemelhada à de "professor". Os argumentos levantados em contrário fundam-se na presunção da inconstitucionalidade da Lei, inadmissível na esfera administrativa.

Ademais, decisões do 2.º Conselho de Contribuintes, onde a matéria era tratada, consolidam o entendimento que exclui do SIMPLES entidade que desempenhe qualquer atividade de ensino, de qualquer natureza, consoante os Acórdãos n.ºs 202-12234, 202-12405 e 202-12406.

O Parecer Normativo n.º 15, de 21.09.83 (fls. 279/284), alçado pela recorrente, não aborda diretamente a questão e tem a seu desfavor o fator tempo – editado muito antes da Lei n.º 9.317/96 – além de situar-se em posição hierárquica inferior ao *status* de lei.

Por essas razões, não pode prosperar o pleito que define o mérito da questão, a reintegração da empresa no sistema SIMPLES.

Conheço, pois, do recurso, por cumprir as formalidades à sua admissibilidade, para arrear a preliminar de inconstitucionalidade e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 10 de novembro de 2004



OTACÍLIO DANTAS CARTAXO – Relator