



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS**  
**PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO**

**Processo nº** 13889.000223/2004-11  
**Recurso nº** 140.905 Voluntário  
**Acórdão nº** 1302-00.316 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 09 de julho de 2010  
**Matéria** SIMPLES - EXCLUSÃO  
**Recorrente** ESCOLA DE LINGUAS E CULTURA ANGLO-AMERICANA DE  
PIRASSUNUNGA LTDA EPP  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2003

INCONSTITUCIONALIDADE.EXCLUSÃO.ATIVIDADE EXERCIDA.VIOLAÇÃO AOS ART. 179 E 150, II, DA CF. Ao CARF é vedado afastar aplicação de lei vigente por inconstitucionalidade.

ANALOGIA. EXCLUSÃO *IN MALAM PARTEM*. LEI 9.317/96, ART. 9º, INCISO XIII. NÃO OCORRÊNCIA. Não realiza integração por analogia *in malam partem* o aplicador que faz o exame de semelhança diante da regra do inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/96.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado, vencido o Conselheiro Irineu Bianchi. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães.

MARCOS RODRIGUES DE MELLO - Presidente

EDUARDO DE ANDRADE - Relator

EDITADO EM: 20 DEZ 2010

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Guilherme Pollastri Gomes da Silva (Suplente Convocado), Lavinia Moraes de Almeida Nogueira Junqueira, Eduardo de Andrade, Irineu Bianchi e Marcos Rodrigues de Mello.

## Relatório

Por bem descrever os fatos ocorridos, adoto o relatório da DRJ/RPO, que assim os descreve:

*Trata o presente de impugnação ao Ato Declaratório Executivo DRF/Limeira nº 14, de 28/06/2005 (cópia- fl 00), pelo qual foi a pessoa jurídica excluída do Simples, em face da atividade exercida exploração de atividades de ensino de línguas e cursos profissionalizantes, sob fundamento de que os serviços profissionais prestados são assemelhados à atividade de professor, nos termos do art 9º, inciso XIII da Lei 9.317/196.*

*Alega a interessada, em síntese, que:*

*Em preliminar, que teria havido cerceamento do direito de defesa, em virtude dos efeitos imediatos da exclusão, mesmo na existência de um processo administrativo pendente de julgamento; questiona, também, a obrigatoriedade de apresentação de SRS como forma de defesa;*

*Argui a impossibilidade dos efeitos retroativos da exclusão, que agrediria princípio constitucional, bem como contesta o silêncio da administração pública que ficou inerte quanto à suposta impossibilidade de inscrição da contribuinte no Simples, pelo que conclui ter a ausência de resposta representado a aceitação da opção da empresa pelo sistema;*

*No mérito, sustenta que não é cabível a exclusão do Simples com base na atividade econômica e que haveria ofensa ao art 179 da CF, bem como ao princípio da isonomia; alega, ainda, que a vedação legal é inconstitucional, pelos diversos motivos que elenca, criticando o entendimento, que excluiu da vedação as atividades de creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental;*

*Destaca-se ainda, que quase toda totalidade da receita da interessada é obtida através da venda de materiais e não da prestação de serviços.*

A 1ª Turma da DRJ/RPO, em sessão de julgamento, decidiu, por unanimidade de votos, indeferir a solicitação.

Irresignado, o recorrente interpôs Recurso Voluntário a este Conselho, alegando, em síntese, que:

1. Não exerce atividade que a impeça de permanecer no regime do Simples. A exclusão se deu por analogia, através da interpretação da palavra “assemelhados”;
2. A exclusão afronta o mandamento contido no art. 179 na Constituição, que, ao definir pequenas e médias empresas, não cogita de sua atividade, mas apenas de critério econômico;
3. Resta caracterizado afronta ao Princípio da Igualdade Tributária, inserto no inciso II do art. 150 da CF;
4. O art. 3º da Lei 9.718/98 alterou o inciso II do art. 15 da Lei nº 9.317/96. Desta forma, os efeitos da exclusão, caso se processem, devem se dar a partir de 25/09/2003 e não a partir de 01/01/2002, como se fez na primeira exclusão de ofício procedida, pois, em caso contrário, haveria afronta ao Princípio da Irretroatividade Tributária;
5. O recebimento, pela Administração, das Declarações de Rendimentos Anuais, de acordo com o regime do Simples, caracteriza uma prática administrativa, que a vincula, nos termos do inciso III do art. 100 do CTN;
6. De acordo com manifestação preliminar do STF, na ADE 1643-1, o contribuinte satisfaz sua função social para permanecer no Simples. Se cumpre sua função social, não há sentido em excluí-la do Simples.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro Eduardo de Andrade, Relator

Embora não se vislumbre a data de protocolo, o recurso foi recebido como tempestivo pela ARF/Pirassununga. Assim, dele tomo conhecimento.

O despacho decisório de exclusão está estribado no corpo probatório composto dos seguintes elementos:

- a) contrato social da recorrente, que apresenta, como integrante do objeto social o ensino de línguas e cursos diversos profissionalizantes;
- b) contratos de prestação de serviços, cujo objeto é a prestação de serviços educacionais correspondentes ao ensino da língua inglesa e espanhola;
- c) notas fiscais de prestação de serviços, que apresentam como objeto a “ministração de cursos a alunos” (SIC), “curso de inglês a alunos”.

A exclusão se dá com fulcro no inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/96, dada a semelhança entre a atividade exercida pela recorrente com a profissão regulamentada de professor.

A expressão “assemelhados”, contida no §1º do art. 108 do CTN, expresso em texto legal, veicula desejo do legislador de abarcar casos além daqueles expressamente elencados no corpo do texto normativo.

Ao contrário do que foi feito no inciso XI do art. 17 da Lei Complementar nº 123/2006, que instituiu o Simples Nacional, o legislador da Lei nº 9.317/96 não ofereceu critérios para se conotar os elementos que desejaria incluir na proibição, limitando-se a apenas um deles: o de que elementos “assemelhados” àqueles descritos no inciso XIII do art. 9º estão contidos na proibição. Não ofereceu, ainda, o critério para se concluir pela semelhança, tarefa que restou transferida para o aplicador.

É basilar que o Direito não contém expressões inúteis. Assim, uma vez transferida ao aplicador, por vontade legislativa, a tarefa de verificar a semelhança, a este incumbe o dever. Assim, tal aplicação não pode ser afastada pela invocação da analogia, a qual se verifica quando o aplicador não reconhece norma aplicável no texto normativo, e, constatando a lacuna, busca a integração em texto destinado a imposição de diferente dever-ser, como no caso do furto de energia elétrica, citado por Kelsen em sua Teoria Pura do Direito. Esta é, inclusive, a inteligência do inciso II do art. 108 do CTN que fala da aplicação da analogia “na ausência de disposição expressa”, o que não é o caso, posto que o próprio inciso XIII do art. 9º configura tal disposição expressa, válida e vigente.

A interpretação da semelhança se dá nos termos previstos pelo legislador. Assim, é defeso firmar-se sobre a incapacidade legislativa de naquele momento definir adequadamente, por denotação ou conotação, a totalidade dos casos que desejou normatizar, para, com base nisso, negar-lhe também a solução que ofereceu para resolver os casos concretos. *WZ*

Desta forma, rejeito a arguição de ofensa à vedação da aplicação da analogia prescrita no CTN.

A Constituição da República, em seu art. 179, prescreve que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, *assim definidas em lei*, tratamento jurídico diferenciado.

A alegação de indevida extensão do texto constitucional pela Lei nº 9.317/96, pela exclusão de empresas que desenvolvem atividades que impedem o ingresso no regime não pode ser apreciada por este Conselho. De acordo com o art. 26-A do Decreto nº 70.235/72, art. 62 do Regimento Interno do CARF, e Súmula CARF nº 01, ao CARF é vedado afastar aplicação de lei vigente por inconstitucionalidade, tarefa esta circunscrita apenas ao Poder Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade.

De igual forma, também não pode ser apreciada alegação de eventual violação ao Princípio da Igualdade, por terem sido apenas algumas atividades eleitas pela Lei para compor a vedação.

Vale lembrar que a questão, todavia, foi pacificada pelo STF no julgamento da ADIn nº1643, cuja parte da ementa relativa à questão segue abaixo:

*Não há ofensa ao princípio da isonomia tributária se a lei, por motivos extrafiscais, imprime tratamento desigual a microempresas e empresas de pequeno porte de capacidade contributiva distinta, afastando do regime do SIMPLES aquelas cujos sócios têm condição de disputar o mercado de trabalho sem assistência do Estado. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.*

Desta forma, entendeu o STF, com base no voto-condutor do Ministro Maurício Corrêa, que o legislador pode, a par de regular o dispositivo constitucional, com base na expressão *assim definidas em lei*, inserir novas condições para limitar o ingresso ao regime diferenciado, destinado às pequenas e médias empresas. Assim, superada está a questão, posto que ao STF incumbe, como guardião da Constituição, dizer qual interpretação prevalece no direito brasileiro.

Desta forma, rejeito a alegação de violação ao art. 179 da CF e ao princípio da Igualdade Tributária.

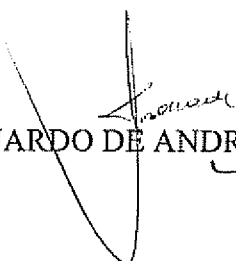
O ato declaratório de exclusão foi publicado já na vigência da MP 2158-35/2001, que derogou a alteração legislativa dada pelo art. 3º da Lei nº 9.732/98. Assim, o dispositivo invocado já não possuía vigência ao tempo da exclusão, não tendo, portanto, força para ser aplicado ao ato de exclusão que se fazia. Descabe, assim, alegar retroatividade de norma já não mais vigente.

O recorrente alega que a Administração não se manifestou quanto ao seu pedido de inclusão no regime, recebeu suas declarações formuladas no regime do Simples e não as contestou. Desta forma, entende que ficou caracterizada uma prática reiterada, no sentido de anuir com sua permanência no regime simplificado. Destarte, não poderia excluí-lo do regime.

O erro de raciocínio está em supor onisciência. Assim, entende que a Administração, onisciente, sabe, mas não age porque concorda com a irregularidade. Não se pode concordar com a assertiva. O silêncio prolongado no tempo da Administração não significa concordância com a irregularidade praticada, mas sua limitação para apurá-la precocemente. Desta forma, rechaço o argumento invocado.

A manutenção no regime simplificado está adstrita ao atendimento dos requisitos legais para tanto. Comprovado que o optante não satisfaz condição necessária para permanecer no regime, deve a autoridade que do fato tomar conhecimento proceder à sua exclusão, no exercício do seu dever legal, independentemente do fato de que outras condições prescritas para manutenção estejam atendidas ou que este satisfaça qualquer outra, não expressamente prescrita para manutenção no regime, como por exemplo, executar sua função social.

Assim, voto para negar provimento ao Recurso Voluntário, mantendo-se o ato declaratório executivo de exclusão.

  
EDUARDO DE ANDRADE - Relator