



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Publicado no Diário Oficial da União
de 13 / 03 / 02
Rubrica kl.

244

Processo : 10725.002222/99-59
Acórdão : 202-13.250
Recurso : 116.712

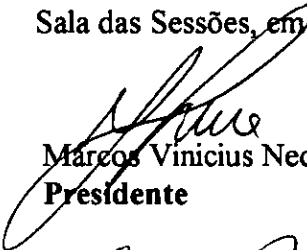
Sessão : 30 de agosto de 2001
Recorrente : CRECHE VIVER E APRENDER LTDA.- ME
Recorrida : DRJ no Rio de Janeiro - RJ

SIMPLES - OPÇÃO - Poderá permanecer na condição de optante pelo Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES a pessoa jurídica que exerça as atividades de creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental (Lei nº 10.034/2000 e IN SRF nº 115/2000). **Recurso provido.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: CRECHE VIVER E APRENDER LTDA. - ME.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso.** Ausente, justificadamente, o Conselheiro Alexandre Magno Rodrigues Alves.

Sala das Sessões, em 30 de agosto de 2001


Marcos Vinicius Neder de Lima
Presidente


Adolfo Montelo
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Bueno Ribeiro, Luiz Roberto Domingo, Dalton Cesar Cordeiro de Miranda, Ana Paula Tomazzete Urroz (Suplente), Eduardo da Rocha Schmidt e Ana Neyle Olímpio Holanda.

Imp/cf



Processo : 10725.002222/99-59
Acórdão : 202-13.250
Recurso : 116.712

Recorrente : CRECHE VIVER E APRENDER LTDA.- ME

RELATÓRIO

Em nome da pessoa jurídica qualificada nos autos foi emitido o ATO DECLARATÓRIO nº 78.774 de fls. 09, onde é comunicada a sua exclusão do Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, com fundamento nos artigos 9º ao 16 da Lei 9.317/96, com as alterações promovidas pela Lei nº 9.732/98, constando como evento para a exclusão: “Atividade Econômica não permitida para o Simples.”

Como se depreende do Contrato Social de fls. 06, em seu inciso II, a pessoa jurídica interessada tem por objeto social a “exploração de creche”, que, não se conformando com a sua exclusão daquela sistemática, apresentou impugnação, por sua representante legal, onde alega o seguinte:

- a) em seu estabelecimento, pratica atividade meramente de tomar conta de crianças, sendo seus funcionários desprovidos de qualquer formação profissional, cujo trabalho consiste na rotina de dar banho, atividades físicas e alimentação, dentre outras;
- b) não exerce atividades semelhantes à de professor, substituindo, apenas, a função de babá;
- c) que o Chefe da Seção de Tributação, ao decidir a apreciação da Solicitação de Revisão de Exclusão da Opção pelo SIMPLES – SRS, cita a expressão EDUCAÇÃO INFANTIL, a que todas as creches, segundo o artigo 89 da Lei nº 9.394/96, deverão se integrar a partir do ano de 2000, portanto, a interessada é sabedora de que deverá estar preparada para obediência à determinação legal e exercerá a atividade de professor, como previsto nos artigos 29 a 31 da citada lei;
- d) assim, se torna perfeita a conclusão de que a atividade de creche não é atividade de ensino, pois houve necessidade de legislação específica para inclui-la no rol de educação infantil, dando-lhe um prazo de três anos para sua adequação e implantação;



Processo : 10725.002222/99-59
Acórdão : 202-13.250
Recurso : 116.712

- e) em seu favor, transcreve a Decisão nº 94, de 01 de dezembro de 1997, prolatada pela Divisão de Tributação da 10ª Região Fiscal; e
- f) termina pedindo o cancelamento do Ato Declaratório e que seja mantida na Sistemática de Pagamentos de Impostos e Contribuições – SIMPLES.

A autoridade julgadora de primeira instância, por delegação de competência, através da Decisão DRJ/RJO nº 3433/2000, de 25 de agosto de 2000, manifestou-se pela ratificação do Ato Declaratório, cuja ementa é transcrita:

“Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES

Ano-calendário: 1999

Ementa: EXCLUSÃO DO SIMPLES. ESCOLAS. ESTABELECIMENTOS DE ENSINO.

É vedada a opção pelo SIMPLES a pessoa jurídica que exerça atividade de educação infantil, inclusive as creches.

SOLICITAÇÃO INDEFERIDA”.

Inconformada, a interessada, tempestivamente, apresenta o Recurso de fls. 38/41, no qual reitera todos os argumentos expostos por ocasião de sua impugnação e argumenta sobre o ADN COSIT nº 29, de 14.10.99, aduzindo que a sua matriz é a Lei nº 9.394/96 (Lei das Diretrizes e Bases).

Salienta, ainda, que a Lei nº 10.034, de 24 de dezembro de 2000, vislumbra a possibilidade de retroação para os atos não definitivamente julgados, com a aplicação do princípio contido no artigo 106 da Lei nº 5.172/66 (CTN), por ser mais favorável ao contribuinte.

Termina requerendo que seja dado provimento ao recurso voluntário, com a reforma da decisão monocrática e o cancelamento do Ato Declaratório de exclusão do SIMPLES.

É o relatório.



Processo : 10725.002222/99-59
Acórdão : 202-13.250
Recurso : 116.712

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR ADOLFO MONTELO

O recurso é tempestivo e dele tomo conhecimento.

De acordo com a denominação social da pessoa jurídica recorrente, constante do Ato Declaratório e das petições, chega-se à conclusão que a sua atividade se restringe à prestação de serviço de professor na educação e recreação infantil.

Como relatado, a matéria em exame refere-se à inconformidade da recorrente devido à sua exclusão da Sistemática de Pagamentos dos Tributos e Contribuições denominada SIMPLES, com base no inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317/96, que veda a opção, dentre outros, à pessoa jurídica que presta serviços de professor ou assemelhados.

Primeiramente, quanto ao pedido efetuado pelo advogado, patrono da ação, para que seja notificado do julgamento para fins de sustentação oral, não lhe assiste razão, pois, com a publicação do edital no Diário Oficial da União, contendo a data e hora do julgamento, suprida está qualquer citação pessoal.

Antes da análise do mérito, preliminarmente, devo considerar e verificar o perfeito saneamento do processo.

O recurso voluntário previsto no artigo 33, inciso I, do Decreto nº 70.235/72, tem o escopo de obter da instância julgadora *ad quem*, mediante o reexame da *quaestio*, a manutenção ou reforma, total ou parcial, da decisão proferida em primeira instância.

Observamos que a decisão singular foi emitida por pessoa outra que não o Delegado da Receita Federal de Julgamento, por delegação de competência. Fato que deve ser, à luz da alteração introduzida no Decreto nº 70.235/72 pelo artigo 2º da Lei nº 8.748/93, regulamentada pela Portaria SRF nº 4.980, de 04/10/94, que diz, em seu artigo 2º, *in litteris*:

“Observe-se, ainda, que a espécie exige a observância da Lei nº 9.784¹, de 29/01/1999, cujo Capítulo VI – Da Competência, em seu artigo 13, determina:

¹ No artigo 69, da Lei nº 9.784/99, inscreve-se a determinação de que os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos daquela lei.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10725.002222/99-59
Acórdão : 202-13.250
Recurso : 116.712

“Art. 13. Não podem ser objeto de delegação:

I – a edição de atos de caráter normativo;

II – a decisão de recursos administrativos;

III – as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade.”
 (grifamos)

Assim, observamos que a delegação de competência conferida pela Portaria DRJ/RJ nº 07/99 (DOU de 03/02/99), da DRJ no Rio de Janeiro - RJ, que confere a outro agente público, que não o Delegado da Receita Federal de Julgamento, encontra-se em total confronto com as normas legais, vez que são atribuições exclusivas dos Delegados da Receita Federal de Julgamento julgar, em primeira instância, processos relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal.

A decisão DRJ/RJO nº 3.433/2000, de fls. 32/35, em questão foi proferida em 25 de agosto de 2000, portanto, posterior à vigência da Lei nº 9.784/99.

Disso resulta que a decisão de primeira instância não foi exarada por pessoa competente, merecendo ser declarada nula.

Mas, em razão do direcionamento do voto quanto à solução da lide em razão do mérito da questão, é de ser superada tal nulidade.

De acordo com a Cláusula Segunda do Contrato Social de fls. 06, o objeto social da pessoa jurídica recorrente se restringe “a exploração de creche”.

É de se afastar os argumentos deduzidos pela ora recorrente no sentido de que a vedação imposta pelo artigo 9º da Lei nº 9.317/96 fere princípios constitucionais vigentes em nossa Carta Magna.

Este Colegiado tem, reiteradamente, entendido que não é foro ou instância competente para a discussão da constitucionalidade das leis.

A norma específica para reger o Processo Administrativo Fiscal é o Decreto nº 70.235/72. Entretanto, tal norma não trata, especificamente, das situações que impedem a delegação de competência. Nesse caso, aplica-se, subsidiariamente, a Lei nº 9.784/99.



Processo : 10725.002222/99-59
Acórdão : 202-13.250
Recurso : 116.712

A discussão sobre os procedimentos adotados por determinação da Lei nº 9.317/96 ou sobre a própria constitucionalidade da norma legal refoge à órbita da Administração para se inserir na esfera da estrita competência do Poder Judiciário.

Cabe ao órgão administrativo, tão-somente, aplicar a legislação em vigor, como já salientado pela autoridade de primeira instância em sua decisão.

Quanto ao mérito, é de se entender que a recorrente pode continuar na condição de optante pela Sistemática do SIMPLES, visto que a Secretaria da Receita Federal, por intermédio da edição da Instrução Normativa SRF nº 115, de 27 de dezembro de 2000, em seu artigo 1º, § 3º, dispôs que:

“Art. 1º As pessoas jurídicas que se dediquem às atividades de creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental poderão optar pelo Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES.
 (...)

§ 3º Fica assegurada a permanência no sistema de 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 nº 10.034, de 2000, desde que atendidos os demais requisitos legais.”

Como visto, a instrução normativa em parte acima transcrita possibilita a opção pelo SIMPLES para as pessoas jurídicas que exerçam as atividades de creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental.

O ato declaratório normativo assume, no caso concreto e no conceito dos atos que integram a legislação tributária (art. 96, CTN), o caráter de norma complementar (art. 100, I, do CTN) ao disposto no artigo 1º da Lei nº 10.034/2000, publicada no Diário Oficial da União de 25 de outubro de 2000, *verbis*:

“Art. 1º Ficam excetuadas da restrição de que trata o inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, as pessoas que se dediquem às seguintes atividades: creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental.”



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10725.002222/99-59
Acórdão : 202-13.250
Recurso : 116.712

Não há dúvida, na espécie, quanto à aplicação, o alcance e os efeitos da legislação tributária tratada, Lei nº 10.034/2000 e IN SRF nº 115/2000, impondo-se interpretar a referida legislação da maneira mais favorável ao contribuinte, em razão do princípio da legalidade objetiva.

Assim, é de ser reformada a decisão administrativa recorrida, possibilitando que a recorrente permaneça na condição de optante pelo SIMPLES, não prevalecendo o evento que motivou a sua exclusão.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 30 de agosto de 2001


ADOLFO MONTELO