



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
PRIMEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº : 10880.004612/99-06  
SESSÃO DE : 14 de abril de 2005  
ACÓRDÃO Nº : 301-31.765  
RECURSO Nº : 128.541  
RECORRENTE : INSTITUTO PROFESSORA LIDIA FLORÊNCIO  
CAMACHO S/C. LTDA.  
RECORRIDA : DRJ/SÃO PAULO/SP

**SIMPLES INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI -  
COMPETÊNCIA DAS AUTORIDADES  
ADMINISTRATIVAS.** Às instâncias administrativas não compete  
apreciar vícios de inconstitucionalidade das normas tributárias,  
cabendo-lhes apenas dar fiel cumprimento à legislação vigente.

**SIMPLES. DESENQUADRAMENTO. EXERCÍCIO DE  
ATIVIDADES DE CRECHES, PRÉ-ESCOLAS E  
ESTABELECIMENTOS DE ENSINO FUNDAMENTAL.** A  
legislação vigente excetua da vedação à opção pelo SIMPLES as  
pessoas que se dediquem às atividades de creches, pré-escola e  
estabelecimentos de ensino fundamental.

**Recurso Voluntário provido.**

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, dar provimento ao  
recurso, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Brasília-DF, em 14 de abril de 2005

  
OTACÍLIO DANTAS CARTAXO  
Presidente

  
IRENE SOUZA DA TRINDADE TORRES  
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: CARLOS  
HENRIQUE KLASER FILHO, ATALINA RODRIGUES ALVES, JOSÉ LUIZ  
NOVO ROSSARI, LUIZ ROBERTO DOMINGO, VALMAR FONSÊCA DE  
MENEZES e HELENILSON CUNHA PONTES (Suplente). Esteve presente o  
Procurador da Fazenda Nacional LEANDRO FELIPE BUENO.

RECURSO Nº : 128.541  
ACÓRDÃO Nº : 301-31.765  
RECORRENTE : INSTITUTO PROFESSORA LIDIA FLORÊNCIO  
CAMACHO S/C. LTDA.  
RECORRIDA : DRJ/SÃO PAULO/SP  
RELATOR(A) : IRENE SOUZA DA TRINDADE TORRES

## RELATÓRIO

Tratam os autos da exclusão da contribuinte acima identificada do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, efetuada mediante expedição do Ato Declaratório nº. 160.970 (fl.18), em decorrência de exercer atividade econômica cuja opção pelo SIMPLES não é permitida, qual seja, a prestação de serviços assemelhados ao de professor.

A contribuinte apresentou manifestação de inconformidade à DRF de origem, que se pronunciou no sentido de manter a exclusão (fls.23/24). Irresignada, apresentou impugnação ao Órgão de Julgamento de 1ª Instância (fls. 31/43), o qual decidiu pela manutenção da exclusão (fls. 47/52).

Referida decisão, em sede preliminar, afastou a alegação de inconstitucionalidade da Lei nº. 9.317/96, por entender que não cabe à esfera administrativa apreciar alegações de inconstitucionalidade de atos legais ou administrativos.

No mérito, a decisão *a quo*, cuja ementa abaixo se transcreve, teve como fundamento os termos do inciso XIII do art. 9º da Lei nº. 9.317/96, o qual veda a opção pelo SIMPLES às pessoas jurídicas que, dentre outros, prestem serviços profissionais de professor ou assemelhados:

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

*Ano-calendário: 1999*

*Ementa: SIMPLES*

*Não podem optar pelo SIMPLES as pessoas jurídicas cuja atividade não esteja contemplada pela legislação de regência, tal como é o caso de prestação de serviços de professor.  
Solicitação indeferida.”*

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.541  
ACÓRDÃO Nº : 301-31.765

Referida decisão afastou, ainda, alegada ofensa ao princípio da isonomia, suscitada pela Recorrente, posto que qualquer pessoa jurídica que preste serviço profissional de professor ou assemelhado está sujeita à exclusão do SIMPLES.

Inconformada com o indeferimento do seu pedido, a contribuinte apresentou recurso voluntário (fls.55/67), onde repisa os argumentos expendidos na peça impugnatória, aduzindo, em suma, que:

- a esfera administrativa tem o dever de apreciar discussões sobre constitucionalidade de leis;
- a Lei nº. 9.317/96 é inconstitucional, em razão do que dispõe o art. 179 da Constituição Federal, devendo limitar-se à definição quantitativa do que seriam microempresa e empresa de pequeno porte, não encontrando respaldo, portanto, para fixar ou definir as atividades que estariam excluídas do benefício;
- a Lei nº. 9.317/96 fere frontalmente o princípio constitucional da isonomia, vez que pratica discriminação tributária em virtude da atividade exercida pela empresa; e que
- a atividade empresarial exercida pela prestadora de serviços educacionais é muito mais ampla que a desenvolvida pelo professor ou assemelhada, sendo, portanto, diferente desta, razão pela qual não se enquadraria no inciso XIII do art. 9º da Lei 9.317/96.

Por fim, pede seja declarado insubsistente o ato de exclusão e mantida a sua opção pelo SIMPLES.

É o relatório.

RECURSO Nº : 128.541  
ACÓRDÃO Nº : 301-31.765

## VOTO

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade, razão porque dele conheço.

Insurge-se a recorrente contra decisão da DRJ/São Paulo, a qual indeferiu seu pedido de permanência no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, em razão de exercer atividade econômica não permitida a optar pelo SIMPLES.

O recurso apresentado pela contribuinte cinge-se, fundamentalmente, à discussão de dois temas: (a) a inconstitucionalidade da Lei nº. 9.317/96, sobre o que alega ter a Administração o dever de se pronunciar, e (b) a inaplicabilidade, ao caso, segundo afirma, do inciso XIII do art. 9º do retrocitado diploma legal, por falta de similaridade entre prestadora de serviços educacionais e serviço de professor.

Passo, agora, à análise das questões suscitadas:

### DA APRECIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA

Alega a recorrente que o agente público revestido da função de julgamento tem o dever de se pronunciar sobre inconstitucionalidade de lei, pois entende que a Administração não pode estar adstrita à presunção de constitucionalidade da norma infraconstitucional.

Tal alegação, entretanto, mostra-se inteiramente equivocada.

As instâncias administrativas de julgamento não possuem competência legal para se manifestar sobre a inconstitucionalidade das leis, atribuição reservada ao Poder Judiciário, conforme disposto pela Constituição Federal, em seu art. 102, incisos I, “a” e III, “b”, onde estão configuradas as duas formas de controle de constitucionalidade das leis: o controle por via de ação (ou concentrado) e o controle por via de exceção (ou difuso).

No Direito brasileiro, portanto, o controle de constitucionalidade das leis em vigor é atribuição exclusiva do Poder Judiciário. Com isso, não sendo declarada a inconstitucionalidade por este Poder - seja com efeitos *erga omnes* (no controle concentrado de constitucionalidade), seja com efeito *inter partes* (no controle

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE  
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.541  
ACÓRDÃO Nº : 301-31.765

difuso) - a lei gozará, sim, de presunção de constitucionalidade, e, por conseguinte, será válida e terá aplicação cogente em todo o território nacional.

É óbvio que a Administração tem o poder e até mesmo o dever de afastar a aplicação de lei inconstitucional, pois esta não é lei, é ato nulo, não obriga, não vincula ninguém. Entretanto, não pode a Administração negar-se à aplicação de lei que apenas entenda ser inconstitucional, pois não lhe compete realizar o controle difuso de constitucionalidade!

Sem a declaração de constitucionalidade daquele que é competente para tanto, não há que se falar em lei inconstitucional. Não tendo a Constituição Federal dado competência aos órgãos da Administração para efetuarem o controle de constitucionalidade das leis, não podem seus órgãos judicantes afastar a aplicação de lei que julgarem inconstitucional, pois **competência não tem quem quer, mas quem a teve atribuída pela Constituição.**

Desta feita, se o órgão administrativo deixa de aplicar lei vigente por considerá-la inconstitucional, não apenas invade a esfera de competência do Poder Judiciário, como também fere de morte um dos princípios norteadores da Administração Pública, qual seja, o princípio da hierarquia, pois se está discordando do Chefe do Poder Executivo que, ao não vetar a lei, está reconhecendo sua constitucionalidade.

A propósito da controvérsia empreendida pela contribuinte, cito excerto do professor Hugo de Brito Machado (Temas de Direito Tributário, Vol. I, Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1994, p. 134):

*“(...) Não pode a autoridade administrativa deixar de aplicar uma lei ante o argumento de ser ela inconstitucional. Se não cumpri-la sujeita-se à pena de responsabilidade, artigo 142, parágrafo único, do CTN. Há o inconformado de provocar o Judiciário, ou pedir a repetição do indébito, tratando-se de inconstitucionalidade já declarada.”*

Afastada, portanto, a preliminar de inconstitucionalidade apontada pela recorrente: primeiro, porque milita a favor de todas as leis a **presunção de constitucionalidade**; segundo, porque, mesmo sendo uma presunção *juris tantum*, só ao órgão legitimamente indicado pela Constituição Federal como competente para exercer o controle de constitucionalidade cabe desconstituir tal presunção.

DAS ATIVIDADES EXERCIDAS PELA RECORRENTE

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.541  
ACÓRDÃO Nº : 301-31.765

A recorrente, conforme consta da cópia do contrato social juntada aos autos às fls.87/88, tem como objeto social *“o estabelecimento de ensino para o primeiro grau e curso de educação infantil.”*

Daí porque, no mérito, a decisão recorrida manteve a exclusão da contribuinte do SIMPLES, frente à restrição veiculada pelo artigo 9º, XIII, da Lei nº 9.317/96, vez que o exercício de atividade assemelhada à de professor mostra-se impeditivo para a opção por aquele Sistema Integrado de Pagamento:

*“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.”*

*(grifo não constante do original)*

Ocorre que a Lei no 10.034/2000, em seu artigo 1º determinou sejam excetuadas, da vedação do inciso XIII do art. 9º acima citado, as pessoas jurídicas que tenham atividades de creche, pré-escola e estabelecimento de ensino fundamental. No mesmo diapasão é a Instrução Normativa SRF n.º 34, de 30/03/2004, que assim dispõe:

*Art. 20. Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:*

*(...)*

*XII – 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.*

*(...)*

*§ 5º O disposto no inciso XII não se aplica às atividades de creche, pré-escola e estabelecimento de ensino fundamental.*

*(grifo não constante do original)*

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUENTES  
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.541  
ACÓRDÃO Nº : 301-31.765

Desta forma, pelos dispositivos legais acima citados, as atividades exercidas pela recorrente estão excepcionadas da vedação estabelecida no artigo 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/96, devendo, pois, ser mantida sua opção pelo SIMPLES.

Resta, ainda, estabelecer o alcance dos efeitos da lei no tempo, ou seja, estabelecer se o dispositivo da Lei nº. 10.034/200, que excepcionou a recorrente dos casos de vedação do SIMPLES, tem efeito retroativo.

Para deslindar tal questão, valho-me do Voto proferido pela eminente Conselheira ATALINA RODRIGUES ALVES, por ocasião do julgamento do Recurso nº. 125.097, que, pela similitude dos fatos, adoto como razões de decidir, transcrevendo-o adiante, em excertos:

*“No mérito, a contribuinte foi excluída do SIMPLES pelo Ato Declaratório nº 143.277/99, (fl. 04), por ‘importação efetuada pela empresa, de bens para comercialização’.*

*Ao apreciar a impugnação apresentada pela interessada contra o ato declaratório, a DRJ/São Paulo-SP concluiu que a legislação em vigor à época da exclusão não amparava a pretensão da interessada e manteve a sua exclusão do SIMPLES.*

*De acordo com a decisão recorrida, a revogação do dispositivo legal que fundamentou a exclusão da contribuinte do SIMPLES, pelo inciso IV do art. 47 da Medida Provisória nº 1991-15/2000, não beneficiaria a interessada, por entender não ser cabível a sua aplicação retroativa, com base na parte final da alínea “b” do inciso II, do art. 106, do CTN.*

*No presente caso, há que se considerar que o ato declaratório de exclusão não era definitivo por ocasião da revogação do dispositivo legal que embasou o motivo da exclusão, seja o previsto no inciso XI ou no inciso XII, “a”, do art. 9º da Lei nº 9.317, de 1996. Ressalte-se que, tendo sido impugnado o ato declaratório na esfera administrativa, apenas com o trânsito em julgado da decisão administrativa que o declarar válido ele torna-se definitivo.*

*Ressalte-se, ainda, que sendo pressuposto do ato declaratório o motivo de fato que o autoriza, o qual deverá estar previsto em lei, revogada a norma jurídica que previa a hipótese de exclusão do SIMPLES, a ocorrência do fato deixa de ser causa ou motivo da exclusão por deixar a nova lei de tratá-lo como tal.*

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.541  
ACÓRDÃO Nº : 301-31.765

*Sobre a aplicação da lei, assim dispõe o art. 106, do CTN, in verbis:*

*“Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:*

*(...)*

*II- tratando-se de ato não definitivamente julgado:*

*a. quando deixe de defini-lo como infração;*

*b. quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha*

*c. quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática..” (destacou-se)*

*Assim, considerando que o ato declaratório de exclusão não era definitivo por ocasião da entrada em vigor da Medida Provisória nº 1991-15/2000, fica assegurada a permanência da recorrente no sistema, tendo em vista a norma vigente que lhe é mais benigna, uma vez que deixou de definir como atividade impeditiva de opção pelo SIMPLES a apontada no Ato Declaratório nº (...)*

*(sublinhei)*

Por todo o exposto, **DOU PROVIMENTO AO RECURSO** para declarar insubsistente o ato de exclusão e manter a opção da contribuinte pelo SIMPLES.

Sala das Sessões, em 14 de abril de 2005

*Irene Souza da Trindade Torres*

IRENE SOUZA DA TRINDADE TORRES - Relatora