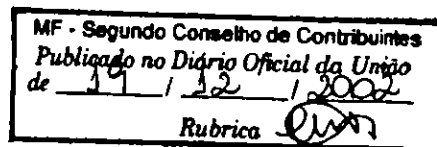




MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES



Processo : 13016.000466/99-64

Acórdão : 201-75.387

Recurso : 115.394

Sessão : 19 de setembro de 2001

Recorrente : CENTRO RECREATIVO OFFICINA DA CRIANÇA LTDA.

Recorrida : DRJ em Porto Alegre - RS

SIMPLES – OPÇÃO – Pessoas jurídicas dedicadas às atividades de creche, de pré-escola e de ensino fundamental podem exercer a opção pela Sistemática de Pagamentos de Tributos denominada SIMPLES, em face do disposto na Lei nº 10.034, de 24.10.2000. **Recurso provido.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **CENTRO RECREATIVO OFFICINA DA CRIANÇA LTDA.**

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso.** Ausentes, justificadamente, os Conselheiros Luiza Helena Galante de Moraes e Serafim Fernandes Corrêa.

Sala das Sessões, em 19 de setembro de 2001

Jorge Freire
Presidente

José Roberto Vieira
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros João Berjas (Suplente), Rogério Gustavo Dreyer, Henrique Pinheiro Torres (Suplente), Gilberto Cassuli, Antonio Mário de Abreu Pinto e Sérgio Gomes Velloso.

lao/cf



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

Processo : 13016.000466/99-64

Acórdão : 201-75.387

Recurso : 115.394

Recorrente : CENTRO RECREATIVO OFFICINA DA CRIANÇA LTDA.

RELATÓRIO

Em data de 09.01.99, foi expedido o Ato Declaratório nº 169.508, do Delegado da Receita Federal em Caxias do Sul - RS, excluindo o sujeito passivo da Sistemática de Pagamentos dos Tributos e Contribuições de que trata o artigo 3º da Lei nº 9.317, de 05.12.96, Sistemática essa denominada "SIMPLES", sob a alegação de "*Atividade Econômica não permitida para o Simples*" (fls. 07).

A inconformidade do estabelecimento objeto da exclusão foi manifestada pela Solicitação de Revisão da Exclusão da Opção pelo SIMPLES – SRS, de 22.02.99 (fls. 05), em função da qual foi lavrado o Termo de Diligência Fiscal de 25.08.99 (fls. 06), preparando o seguinte resultado da revisão da exclusão, da mesma data do referido termo de diligência: "... *improcede a solicitação da requerente ...*" da qual foi dado ciência ao solicitante em 17.09.99 (fls. 05, verso).

Inconformada, a contribuinte impugnou tal despacho, por instrumento apresentado em 15.10.99, alegando a impropriedade da exclusão (fls. 01 a 04).

A decisão de primeira instância, da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Porto Alegre - RS, datada de 15.05.2000, tomou conhecimento da impugnação para, na sequência, indeferir o pleito do sujeito passivo, mantendo a exclusão (fls. 32 a 36).

Cientificado da decisão monocrática por Aviso de Recebimento de 28.06.2000 (fls. 38), o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário para este Conselho em 27.07.2000 (fls. 40 a 49), reiterando seus argumentos e aduzindo outros, sempre no sentido do equívoco da exclusão, tendo a DRJ em Porto Alegre - RS encaminhado o processo, com o mencionado recurso, em 18.08.2000, a este Conselho (fls. 52).

É o relatório



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13016.000466/99-64
Acórdão : 201-75.387
Recurso : 115.394

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR JOSÉ ROBERTO VIEIRA

Trata-se da **exclusão do sujeito passivo da Sistemática** de Pagamentos dos Tributos e Contribuições sobre a qual versa o artigo 3º da Lei nº 9.317, de 05.12.96, Sistemática essa denominada **"SIMPLES"**, sob a alegação de *"Atividade Econômica não permitida para o Simples"* (fls. 07).

No Termo de Diligência Fiscal de 25.08.99, que amparou o despacho decisório da mesma data, estabelece-se que *"... a principal atividade do Centro Recreativo é a de lazer e recreação para as crianças ..."*, que ele *"... oferece estrutura de creche"*, que *"... a Oficina segue uma orientação pedagógica específica para cada idade, e que também oferece ballet e computação"* (grifamos) (fls. 06).

Na Impugnação de 15.10.99 (fls. 01 a 04), a recorrente menciona a existência de *"... convênio com empresa de computação que oferece aulas ..."*, bem como idêntico *"... convênio com professora de ballet ..."* (grifamos) (fls. 02 e 03), tentando esclarecer que as orientações pedagógicas específicas para cada idade, referidas no Termo de Diligência Fiscal, consistem em *"... noções básicas de comportamento que nada tem a ver com educação formal, nem com alfabetização, e nem com a atividade de professor"* (fls. 03 e 04).

A decisão de primeira instância, da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Porto Alegre - RS, datada de 15.05.2000, ficou assim ementada: *"A pessoa jurídica que presta serviços na área de educação infantil, tais como creches, maternais e estabelecimentos de recreação infantil, está impedida de exercer a opção pelo SIMPLES, por tratar-se de atividade relacionada à prestação de serviços de professor"* (grifamos) (fls. 32).

Com efeito, a Lei nº 9.317, de 05.12.96, determina que *"Não poderá optar pelo SIMPLES a pessoa jurídica: ... XIII - que preste serviços profissionais de ... professor ... ou assemelhados ..."* (grifamos). E muito embora o recorrente sublinhe com insistência que *"... a sua função é a prestação de serviços de guarda de crianças conjuntamente com atividades recreacionistas"* (fls. 42), a Cláusula Terceira do respectivo Contrato Social estabelece: *"O objeto da sociedade será a guarda de crianças, o desenvolvimento de atividades pré-escolares, atividades recreativas, oficina de arte e teatro, aulas de balé"* (grifamos) (fls. 21), além das reconhecidas aulas de computação, tudo conduzindo no sentido da prestação de serviços assemelhados aos do professor, que afastam a possibilidade da opção pretendida.



Processo : 13016.000466/99-64
Acórdão : 201-75.387
Recurso : 115.394

Outrossim, a recorrente invoca a **necessidade de apreciação de inconstitucionalidades** existentes na Sistemática do SIMPLES. Não obstante a freqüente recusa de tribunais administrativos em promover tal apreciação, dizendo-a exclusiva da autoridade judicial, assim não nos parece.

Se na esfera da administração pública tributária, onde se situam os tribunais administrativos, como os Conselhos de Contribuintes, **encontramo-nos via de regra exercendo atividade administrativa predominantemente vinculada, tal vinculação dá-se em face da lei e, por óbvio, em face da Constituição – a Lei Maior.** Ora, não vemos qualquer sentido em proclamar-nos “vinculados à lei” e não nos considerarmos “vinculados à Lei das Leis”. Tal entendimento levaria à insustentável situação de, sob desculpa da vinculação à lei infraconstitucional, admitirmo-nos não vinculados à Lei Suprema, ignorando os seus superiores ditames! Daí a conclusão acertada de MARÇAL JUSTEN FILHO, que citamos aqui como modelo de toda uma vasta e consistente doutrina: *“Torna-se inevitável e insuprimível avaliar a constitucionalidade de toda e qualquer regra a ser aplicada pelo Executivo”*¹. Daí a decisão exemplar do próprio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Segurança nº 15.886-DF, da qual referimos o voto do Ministro Adalício Nogueira, que sintetizou o entendimento da maioria, ao asseverar que o executivo: *“...pode recusar, a meu ver, aplicação à lei pelo fato de ser ela inconstitucional, no seu entender. Não o fará, declarando a sua inconstitucionalidade, porque isso não é da sua competência. O Poder Executivo, interpretando a lei – e isto é um direito seu – poderá, julgando-a inconstitucional, sob o prisma da interpretação, recusar-lhe aplicação. Isto não impede, porém, que mais tarde o Poder Judiciário – que é o competente – declare, em última análise, a sua inconstitucionalidade”*².

Contudo, embora admitindo como necessário e inevitável o exame de **questões de inconstitucionalidade e de ilegalidade na esfera administrativa**, e a ele nos dispondo, **não nos parece procedente, no caso, a argumentação desenvolvida pela recorrente.** Partindo do artigo 179 da Constituição, que determina às esferas de governo a outorga de tratamento jurídico diferenciado para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, incentivando-as *“...pela simplificação de suas obrigações ... tributárias ...”*, o sujeito passivo alega o desrespeito da lei do SIMPLES ao princípio da igualdade, como se o tratamento diferenciado devesse ser exatamente o mesmo para todas as microempresas e empresas de pequeno porte. Ora, desde Aristóteles firmou-se o entendimento da igualdade como igualdade

¹ Ampla Defesa e Conhecimento de Arguições de Inconstitucionalidade e Ilegalidade no Processo Administrativo, *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, Dialética, nº 25, out. 1997, p. 73.

² Revista Trimestral de Jurisprudência nº 41, p. 688 – *Apud* MARÇAL JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 79, nota 14.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13016.000466/99-64
Acórdão : 201-75.387
Recurso : 115.394

relativa³, tão bem expressa pelo nosso RUI BARBOSA, em sua imortal "*Oração aos Moços*"⁴, ao defender a idéia de que se realiza a igualdade mediante o tratamento igual dos iguais e desigual dos desiguais, na medida e na proporção das suas desigualdades; e tão bem aprofundado por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, em seu "... *pequeno grande livro*"⁵. Não assiste razão à contribuinte ao reivindicar o mesmo tratamento tributário incentivado e simplificador indistintamente para todas as microempresas e empresas de pequeno porte, simplesmente porque o tratamento absolutamente igual de empresas muito diversas é que inegavelmente feriria o princípio isonômico.

Vencida, pois, essa questão, retornemos à consideração da atividade desenvolvida pela recorrente, vista pela administração como assemelhada à de professor, por envolver estrutura de creche, educação infantil e atividades pré-escolares, motivo de sua exclusão da Sistemática do SIMPLES, exclusão que, se adequada à época, hoje é inequivocamente indevida, em face de legislação superveniente. A Lei nº 10.034, de 24.10.2000, publicada no dia imediato, estabeleceu, em seu artigo 1º, que "*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 jurídicas que se dediquem às seguintes atividades: creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental*". Eis que lei nova, de outubro de 2000, posterior ao ato de exclusão (janeiro de 1999) e à decisão de primeira instância (maio de 2000), autoriza, expressamente, o sujeito passivo a integrar a Sistemática de Pagamentos de Tributos denominada SIMPLES.

Isso posto, e especificamente em face da exceção à restrição estabelecida pela Lei nº 10.034/2000, manifesto-me no sentido de dar provimento ao recurso, nos termos dessa lei e da Instrução Normativa SRF nº 115, de 27.12.2000.

É o meu voto.

Sala das Sessões, em 19 de setembro de 2001


JOSÉ ROBERTO VIEIRA

³ JOSÉ ROBERTO VIEIRA, Princípios Constitucionais e Estado de Direito, *Revista de Direito Tributário* nº 54, São Paulo, RT, out./dez. 1990, p. 98.

⁴ *Oração aos Moços*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Fundação Casa de Rui Barbosa, 1988, p. 21.

⁵ CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, São Paulo, RT, 1978; JOSÉ ROBERTO VIEIRA, *op. cit.*, p. 98.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Memo. 2º CC nº 297

Em 10 de dezembro de 2003.

À: Chefe do Centro de Documentação – 2º CC

Assunto: Não formalização de acórdão.

Informo a V.Sa., para conhecimento e providências cabíveis, que o Acórdão nº 201-75.388, decorrente do julgamento do Recurso nº 112.688, de interesse de Centro de Ensino Unificado do Maranhão - CEUMA, não será formalizado, em razão do pedido de desistência do mencionado Recurso, conforme Despacho da Presidente desta Câmara, de 9 de dezembro de 2003 (cópia anexa).

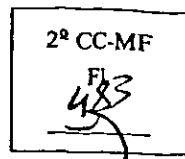
Atenciosamente,


CLEUZA TAKAFUJI

Secretária da Primeira Câmara



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº: 10320.002274/98-61

Recurso nº: 112.688

Interessada: CENTRO DE ENSINO UNIFICADO DO MARANHÃO - CEUMA

Em razão da desistência do recurso à fl. 481, datada de 19 de novembro de 2003, e não tendo sido formalizado o acórdão até a presente data (julgamento em sessão de 19 de setembro de 2001), encaminhe-se à Delegacia da Receita Federal em São Luis - MA, para prosseguimento.

Brasília, 9 de dezembro de 2003.

Marques:

JOSEFA MARIA COELHO MARQUES
Presidente da Primeira Câmara do
Segundo Conselho de Contribuintes