



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
TERCEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº : 13807.006145/99-11  
SESSÃO DE : 12 de maio de 2004  
ACÓRDÃO Nº : 303-31.414  
RECURSO Nº : 126.281  
RECORRENTE : ESCOLA RECREAÇÃO INFANTIL JARDIM D' ABRIL  
S/C LTDA.  
RECORRIDA : DRJ/SÃO PAULO/SP

SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES - EXCLUSÃO/ATIVIDADE ECONÔMICA VEDATIVA À OPÇÃO PELO SISTEMA-LEI N.º 10.034/00 - ALTERAÇÃO - PESSOAS JURÍDICAS DEDICADAS ÀS ATIVIDADES DE CRECHES, PRÉ-ESCOLAS E ESTABELECIMENTOS DE ENSINO FUNDAMENTAL - PERMANÊNCIA NO SIMPLES.

Pelo art. 1º, da Lei nº 10.034/00, ficam excetuadas da restrição de que trata o art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/96, as pessoas que se dediquem às atividades de creches, pré-escola e estabelecimentos de ensino fundamental. Ademais, a IN/SRF nº 115/00, no parágrafo 3º de seu artigo 1º, § 3º, determina que fica assegurada a permanência no sistema das pessoas jurídicas mencionadas 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 10.034/00, desde que atendidos os requisitos legais (art. 96, c/c 100, I, do CTN).

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Brasília-DF, em 12 de maio de 2004

  
JOÃO HOLANDA COSTA  
Presidente

  
NANCI GAMA  
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: ANELISE DAUDT PRIETO, ZENALDO LOIBMAN, SÉRGIO DE CASTRO NEVES, NILTON LUIZ BARTOLI, MÍRIAN DE FÁTIMA LAVOCAT DE QUEIROZ e SÍLVIO MARCOS BARCELOS FIÚZA (Suplente). Esteve Presente a Procuradora da Fazenda Nacional ANDREA KARLA FERRAZ.

RECURSO Nº : 126.281  
ACÓRDÃO Nº : 303-31.414  
RECORRENTE : ESCOLA RECREAÇÃO INFANTIL JARDIM D'ABRIL  
S/C LTDA.  
RECORRIDA : DRJ/SÃO PAULO/SP  
RELATOR(A) : NANJI GAMA

## RELATÓRIO

ESCOLA RECREAÇÃO INFANTIL JARDIM D'ABRIL S/C LTDA., pessoa jurídica nos autos qualificada, foi excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte, denominado SIMPLES, mediante o Ato Declaratório no 159.204, da Delegacia da Receita Federal em São Paulo/SP, sob a alegação de que a empresa exercia atividade econômica não permitida, de acordo com o disposto nos artigos 9º ao 16 da Lei nº 9.317/96.

Em 25/06/99, a sociedade em epígrafe, demonstrando seu inconformismo com a exclusão do SIMPLES, apresentou impugnação às fls. 01/11, onde alega, em síntese, o seguinte:

“(…) a Constituição Federal garante ao cidadão o direito de livre exercício de profissão bem como a constituição de empresas, seja ela de qualquer porte.

Garante, também, às microempresas e empresas de pequeno porte, tratamento diferenciado conforme expresso em seu artigo 179, assim dispondo:

“Art. 179 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, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícia, ou pela eliminação ou redução destas por meio de Lei”.

(…) ao editar a Lei nº 9.317/96, na parte que estabelece condições qualificativas e não apenas quantitativas para opção pelo regime diferenciado, certamente exorbitou, transformando a Lei nº 9.317/96 em um verdadeiro “monstrengo legislativo”, eivado de inconstitucionalidades;

(…)



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES  
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.281  
ACÓRDÃO Nº : 303-31.414

A matéria abordada pelo art. 9º da Lei n.º 9.317/96, que restringiu a opção pelo Sistema Simplificado, é manifestamente inconstitucional.

(...)

Pelo artigo 179 da Constituição Federal, evidente que a Lei infraconstitucional caberia apenas a função de definir quantitativamente o que sejam microempresas e empresas de pequeno porte.

(...) o texto constitucional é absolutamente claro ao estabelecer que microempresas e as empresas de pequeno porte terão tratamento diferenciado, mediante a simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução por meio de Lei.

Em momento algum, o Constituinte delegou ao Legislador “comum” o poder de fixação ou até mesmo de definição de atividades “excluídas” do benefício;

(...) o texto legal referido traz ainda uma evidente quebra da igualdade tributária.

Como visto, a discriminação tributária em virtude da atividade exercida pela empresa fere frontalmente o princípio Constitucional da igualdade;

(...)

Mesmo que pudéssemos ignorar a clareza do texto constitucional como acima demonstrado e, simplesmente, admitíssemos como válidas e legais as vedações qualificativas previstas na lei, “data vênua”, ainda assim haveria que se considerar que a atividade empresarial exercida pela prestadora de serviços educacionais é muito mais ampla que a desenvolvida pelo professor ou assemelhado, esta sim absurda e inconstitucionalmente “vedada” pela legislação ordinária.

(...)

A Entidade Mantenedora Educacional não é uma sociedade de profissionais para o exercício da profissão de professor. A Entidade é sim uma sociedade entre empresários, sem exigência de qualificação profissional, e livre para contratar profissionais



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.281  
ACÓRDÃO Nº : 303-31.414

devidamente qualificados e habilitados para o exercício de suas profissões.”

Ao final, requer que se torne sem efeito o Ato Declaratório que excluiu a interessada do SIMPLES, com o conseqüente reconhecimento que a mesma encontra-se regularmente inscrita em mencionado Sistema.

Instrui o seu pleito com os documentos de fls. 13/18.

A Delegacia da Receita Federal em São Paulo/SP, entendeu que a manifesta inconformidade do contribuinte, apresentada na forma de impugnação, devia ser apreciada como Solicitação de Revisão de Vedação/Exclusão ao Simples - SRS, assegurando a esta a ampla defesa.

Em vista deste entendimento, a DRF - São Paulo/SP proferiu o despacho de fls. 19/20, onde considera improcedente o pleito da interessada, concluindo pela manutenção da exclusão objeto do Ato Declaratório n.º 159.204.

Inconformada, a empresa em epígrafe, apresentou a impugnação de fls. 25/35, tratando-se do mesmo documento apresentado às fls. 01/11.

Em 11/07/02, os autos foram encaminhados à Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo/SP, sendo proferida a Decisão DRJ/SPOI N.º 1.369/02, fls. 39/43, indeferindo o pleito da impugnante, com a seguinte ementa e fundamentação, cujos principais trechos encontra-se destacados abaixo:

1 - Ementa:

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

Ano-calendário: 1999

Ementa: SIMPLES. INCONSTITUCIONALIDADE. À esfera administrativa não compete a análise da constitucionalidade das normas jurídicas.

ESCOLA. EXCLUSÃO. Correta a exclusão da sistemática do SIMPLES, da pessoa jurídica que presta serviços profissionais de professor, ou assemelhados.  
SOLICITAÇÃO INDEFERIDA”



RECURSO Nº : 126.281  
ACÓRDÃO Nº : 303-31.414

2 - Fundamentação:

“No que concerne à alegação de inconstitucionalidade do art. 9º da Lei 9.317/1996, não cabe ser apreciada nesta instância, por não ser o foro administrativo adequado a essa arguição. Não compete à autoridade a apreciação das questões de inconstitucionalidade ou ilegalidade das normas tributárias, cabendo-lhe somente observar a legislação em vigor, sendo da competência exclusiva do Poder Judiciário o controle da constitucionalidade ou legalidade das leis ou dos atos normativos.”

MÉRITO

“Conforme já observado pela autoridade administrativa que proferiu despacho relativo à manifestação de inconformidade (fls.19), o termo “assemelhados” constante da redação do texto legal deve ser entendido como qualquer atividade de prestação de serviço que tenha similaridade ou semelhança com as atividades enumeradas no referido dispositivo legal; vale dizer, a lista das atividades ali elencadas não é exaustiva. Assim, as pessoas jurídicas que prestavam serviço de professor ou assemelhados, como a impugnante, não poderiam optar pelo aludido sistema, pois estavam proibidas por dispositivo expresso da Lei.

Quanto ao acórdão citado pela interessada, não se aplica ao caso dos autos, uma vez que, de acordo com a ementa transcrita (fls. 10 ou 34), o estabelecimento de ensino teria permanecido no regime de microempresa por não se assemelhar a sua atividade àquelas relacionadas no inciso, VI do art. 3º da Lei nº 7.256/1984 (...).

Do exposto, tendo em vista que a legislação em vigor à época da exclusão não amparava a pretensão da contribuinte, voto pela manutenção da exclusão.”

Tomando ciência da decisão singular, em data de 12/09/02, o sujeito passivo interpôs o recurso voluntário de fls. 45/50, onde, em sede preliminar, contesta a autoridade singular quando esta argumenta que não cabe na esfera administrativa a discussão sobre constitucionalidade de texto legal e, no mérito, repisa os argumentos apresentados na impugnação para, no final, sustentar o seu direito de permanecer no SIMPLES e a conseqüente reforma da decisão singular.

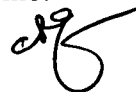


MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO N° : 126.281  
ACÓRDÃO N° : 303-31.414

Em data de 16/10/02, os autos foram encaminhados ao E. Segundo Conselho de Contribuintes, sendo que, por força do disposto no art. 5º da Portaria MF n.º 103/02, foram os mesmos remetidos a este E. Terceiro Conselho.

É o relatório.



RECURSO N° : 126.281  
ACÓRDÃO N° : 303-31.414

### VOTO

Tomo conhecimento do presente Recurso Voluntário, por ser tempestivo e por tratar de matéria da competência deste Terceiro Conselho de Contribuintes, nos termos do art. 9º, inciso XIV, da Portaria MF n.º 55/98, c/c o art. 5º da Portaria MF n.º 103/02.

Para a solução da questão em exame, adoto o voto do eminente Conselheiro Dr. Carlos Fernando Figueiredo Barros proferido quando do julgamento do recurso n° 124.98, do interesse do Contribuinte.

#### “1 - PRELIMINAR:

Em harmonia com a autoridade de 1ª instância, entendemos que a decisão recorrida é irretocável, quando afirma que a instância administrativa não possui competência legal para se manifestar sobre a inconstitucionalidade das leis, atribuição reservada ao Poder Judiciário, conforme disposto nos incisos I, “a”, e III, “b”, ambos do artigo 102 da Constituição Federal.

A respeito desta questão, é oportuno citar o 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.”

Logo, pelo acima exposto, deixo de acatar a preliminar de inconstitucionalidade levantada pela recorrente.

Superada esta preliminar passo a analisar o mérito.

#### 2 - MÉRITO:

Analisando os presentes autos, verifica-se que a exclusão foi motivada pelo entendimento de que a empresa exercia atividade econômica não permitida, com fundamento no inciso XIII do art. 9º da Lei n° 9.317, de 05 de dezembro de 1996, que, dentre outros, veda a opção à pessoa jurídica que preste serviço profissional de professor, conforme se observa na transcrição abaixo:



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.281  
ACÓRDÃO Nº : 303-31.414

“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;” (g.n.)

No atual contexto, a Educação Básica divide-se em Educação Infantil, Ensino Fundamental e o Ensino Médio. A educação infantil corresponde à primeira etapa da Educação Básica, não possuindo caráter obrigatório e sendo destinada às crianças com menos de sete anos de idade. Dentro do quadro atual de estabelecimentos de educação infantil, encontramos as creches, ou entidades equivalentes, que atendem às crianças de até três anos de idade, e as pré-escolas, que atendem às crianças de quatro a seis anos.

Já o art. 3º da IN SRF 79/96, que deu nova redação ao *caput* do art. 2º da IN SRF 65/96, assim dispõe, *in verbis*:

“Art. 3º O *caput* do art. 1º e o art. 2º, da IN SRF nº 65/96, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1º ...

“Art. 2º A educação infantil é aquela que precede o ensino fundamental obrigatório, oferecida em creches ou entidades equivalentes e pré-escolas, compreendendo as despesas efetuadas com a educação de menores na faixa etária de zero a seis anos de idade (Constituição Federal, art. 208, IV, e Lei nº 9.394/96, arts. 29 e 30)”.

A atividade desenvolvida em pré-escolas, creches ou entidades equivalentes, tais como berçários, maternais e estabelecimentos de recreação infantil, está subordinada à Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e, destarte, considerados como estabelecimento de educação infantil, atuando no atendimento de crianças de zero a seis anos de idade.

A Lei n.º 10.034/00, conforme se observa no seu art. 1º, abaixo transcrito, alterou a Lei n.º 9.317/96, excetuando das restrições impostas pelo art. 9º,

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.281  
ACÓRDÃO Nº : 303-31.414

as pessoas jurídicas dedicadas às atividades de creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental:

“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 jurídicas que se dediquem às seguintes atividades: **creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental. (g.n.)**”

Com lastro no art. 96, c/c o art. 100, inciso I, do Código Tributário Nacional, e objetivando complementar o disposto na Lei n.º 10.034/00, foi editada a IN SRF n.º 115/00 que, em seu art. 1º, § 3º, estabelece o tratamento a ser dado às entidades de ensino que exercem as atividades de creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental, optantes pelo SIMPLES. Assim, dispõe a citada norma, *in verbis*:

“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 Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e 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 requisitos legais.”

Analisando o contrato social da recorrente, e suas alterações, verifica-se que constitui objeto da sociedade a educação infantil em geral, não deixando dúvida que tanto a Lei n.º 10.034/00 como a IN SRF n.º 115/00, se aplicam no presente caso, estando a recorrente enquadrada nas disposições nelas contidas.

Em face de todo exposto, voto no sentido de dar provimento ao presente Recurso.”

Eis o voto.

Sala das Sessões, em 12 de maio de 2004

  
NANCI GAMA – Relatora