



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13839.000272/99-21

Acórdão : 202-13.238

Recurso : 116.241

Sessão : 30 de agosto de 2001

Recorrente : CENTRO DE EDUCAÇÃO ESPAÇO CRIATIVO S/C LTDA. ME

Recorrida : DRJ em Campinas - SP

**NORMAS PROCESSUAIS - LEI Nº 9.317/96 - INCONSTITUCIONALIDADE** - À autoridade administrativa não compete rejeitar a aplicação de lei sob a alegação de inconstitucionalidade da mesma, por se tratar de matéria de competência do Poder Judiciário, com atribuição determinada pelo artigo 102, I, "a", e III, "b", da Constituição Federal. **SIMPLES - LEI Nº 9.317/96 - OPÇÃO - EXERCÍCIO DE ATIVIDADES DE CRECHES, PRÉ-ESCOLAS E ESTABELECIMENTOS DE ENSINO FUNDAMENTAL** - Pelo art. 1º da Lei nº 10.034/2000, ficam excetuadas da restrição de que trata o art. 9º, XIII, da Lei nº 9.317/96, as pessoas que se dediquem às atividades de creches, pré-escola e estabelecimentos de ensino fundamental, sendo que a IN SRF nº 115/2000, no § 3º de seu artigo 1º, 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, de 2000, desde que atendidos os requisitos legais (art. 96, c/c o 100, I, do CTN). **Recurso provido.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: CENTRO DE EDUCAÇÃO ESPAÇO CRIATIVO S/C 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 Víncius Neder de Lima*  
Presidente

*Ana Neyle Olímpio Holanda*  
Ana Neyle Olímpio Holanda  
Relatora

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

Iao/cf/cesa/mdc



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

94

**Processo :** 13839.000272/99-21

**Acórdão :** 202-13.238

**Recurso :** 116.241

**Recorrente :** CENTRO DE EDUCAÇÃO ESPAÇO CRIATIVO S/C LTDA. ME

## RELATÓRIO

A contribuinte acima qualificada, mediante Ato Declaratório de emissão do Delegado da Receita Federal em Jundiaí - SP, foi excluída do Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, ao qual havia anteriormente optado, na forma da Lei nº 9.317, de 05/12/1996, e alterações posteriores.

Apresentando a interessada reclamação contra a referida exclusão, manifestou-se a DRF de origem por sua improcedência.

De acordo com os artigos 14 e 15 do Decreto nº 70.235, de 06/03/1972, com a nova redação dada pela Lei nº 8.748/1993, a contribuinte apresentou Impugnação (fls. 27/39), alegando, em síntese, que:

1. a Constituição Federal garante ao cidadão o direito de livre exercício de profissão, bem como a constituição de empresas, sejam elas de qualquer porte. Garante, também, às microempresas e empresas de pequeno porte, tratamento diferenciado, conforme expresso no art. 179. Por seu turno, a Lei nº 9.317/1996 veio regular tal situação, dando as hipóteses e a forma para o exercício de tal prerrogativa Constitucional;
2. a Lei nº 9.317/1996, na parte que estabelece condições qualificativas e não apenas quantificativas para opção pelo regime diferenciado, certamente, exorbitou, evitando-se de inconstitucionalidades;
3. pelo art. 179 da CF, evidente está que caberia apenas à lei infraconstitucional a função de definir, quantitativamente, o que sejam microempresas e empresas de pequeno porte. Em momento algum o constituinte delegou ao legislador comum o poder de fixação ou até mesmo de definição de atividades excluídas do benefício;
4. não bastasse, o texto legal referido traz, ainda, uma evidente quebra da igualdade tributária (art. 150, inciso II, da Constituição Federal);

*[Assinatura]*



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

Processo : 13839.000272/99-21

Acórdão : 202-13.238

Recurso : 116.241

5. 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. Muito embora não haja referência expressa nesse sentido, pode-se afirmar que a decisão, ora impugnada, concluiu que a atividade de escola é assemelhada à de professor. A escola, para exercer sua atividade, necessita de um complexo de instalações, de insumos, de valores, às vezes mais expressivos que o custo da mão-de-obra do professor;
6. por ocasião da Lei nº 7.256/1984, a exemplo do que ocorre hoje, em razão dos absurdos de interpretação que vinham ocorrendo, a matéria foi levada à apreciação do Conselho de Contribuintes, que decidiu favoravelmente ao enquadramento dos estabelecimentos de ensino como microempresa. As disposições contidas no art. 9º da Lei nº 9.317/96 é, praticamente, “bis in idem” daquelas contidas no inciso VI do art. 3º da Lei nº 7.256/84; e
7. 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 devidamente qualificados e habilitados para o exercício de suas profissões.

A autoridade julgadora de primeira instância manifestou-se no sentido de manter a improcedência da Solicitação de Revisão da Vedaçāo/Exclusão da Opção pelo SIMPLES – SRS, com a ratificação do Ato Declaratório nº 110.571, expedido pela DRF em Judiaí - SP, sob o argumento de não serem as instâncias julgadoras administrativas o foro competente para discussão de inconstitucionalidade de leis e que a atividade desenvolvida pela interessada – por assemelhar-se à de professor -, seria impeditiva da opção pelo SIMPLES.

O sujeito passivo interpôs recurso voluntário, onde, em preliminar, refuta o fundamento de que não cabe na esfera administrativa a discussão sobre constitucionalidade de texto legal e, no mérito, repisa os argumentos expendidos na impugnação, pugnando pela manutenção da sua inclusão no Sistema de Tributação Simplificado, com a reforma da decisão *à quo*.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

196

Processo : 13839.000272/99-21  
Acórdão : 202-13.238  
Recurso : 116.241

### VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA ANA NEYLE OLÍMPIO HOLANDA

O recurso voluntário é tempestivo e dele conheço.

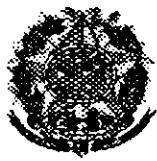
Preliminarmente, é imperioso que se observe que as instâncias administrativas de julgamento não possuem competência legal para se manifestar sobre a constitucionalidade das leis, atribuição reservada ao Poder Judiciário, conforme disposto nos incisos I, "a", e III, "b", ambos do artigo 102 da Constituição Federal, 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.

A depender da via utilizada para o controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo, os efeitos produzidos pela declaração serão diversos.

No controle de constitucionalidade por via de ação direta, o Supremo Tribunal Federal é provocado para se manifestar, pelas pessoas determinadas no artigo 103 da Constituição Federal, em uma ação cuja finalidade é o exame da validade da lei em si. O que se visa é expurgar do sistema jurídico a lei ou o ato considerado inconstitucional. A aplicação da lei declarada inconstitucional pela via de ação é negada para todas as hipóteses que se acham disciplinadas por ela, com efeito *erga omnes*.

Quando a inconstitucionalidade é decidida na via de exceção, ou seja, por via de Recurso Extraordinário, a decisão proferida limita-se ao caso em litígio, fazendo, pois, coisa julgada apenas *in casu et inter partes*, não vinculando outras decisões, nem mesmo judiciais. Não faz ela coisa julgada em relação à lei declarada inconstitucional, não anula nem revoga a lei, que permanece em vigor e é eficaz até a suspensão de sua executoriedade pelo Senado Federal, de conformidade com o que dispõe o artigo 52, X, da Constituição Federal.

À Administração Pública cumpre não praticar qualquer ato baseado em lei declarada inconstitucional pela via de ação, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade proferida no controle abstrato acarreta a nulidade *ipso jure* da norma. Quando a declaração se dá pela via de exceção, apenas sujeita a Administração Pública ao caso examinado, salvo após suspensão da executoriedade pelo Senado Federal.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

197

Processo : 13839.000272/99-21

Acórdão : 202-13.238

Recurso : 116.241

A propósito da controvérsia empreendida pela contribuinte, citemos 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.”

No mérito, a recorrente foi objeto de Ato Declaratório de Comunicação de Exclusão do Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, frente à restrição veiculada pelo artigo 9º, XIII, da Lei nº 9.317/96, tendo como motivo o exercício de atividade que aquela norma tratava como impeditiva para a opção pelo SIMPLES.

Ocorre que a Lei nº 10.034/2000, em seu artigo 1º, determina que ficam excetuadas da restrição de que trata a norma suprareferida as pessoas que se dediquem às atividades de creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental, sendo que a Secretaria da Receita Federal, com a Instrução Normativa nº 115, de 27 de dezembro de 2000, no § 3º de seu artigo 1º, determina o tratamento que deve ser dado às empresas que exercem as atividades de creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental, e que já haviam optado pelo SIMPLES, *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 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 requisitos legais.”

*Assinatura*



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

Processo : **13839.000272/99-21**  
Acórdão : **202-13.238**  
Recurso : **116.241**

Nesse passo, a Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal nº 115/2000, como norma complementar à Lei nº 10.034/2000, *ex vi* do artigo 96, c/c o artigo 100, I, ambos do Código Tributário Nacional, deve ser observada e aplica-se à espécie, vez que a interessada, conforme Instrumento de Contrato Social de fls. 13/14, tem por objeto social a prestação de serviços de ensino pré-escolar, tendo feito a sua opção pelo SIMPLES em data anterior a 25/10/2000.

Diante do quadro normativo surgido com a Lei nº 10.034/2000 e a IN SRF nº 115/2000, impõe-se a manutenção da recorrente no Sistema Simplificado de Tributação, pelo que somos pelo provimento do recurso voluntário apresentado.

Sala das Sessões, em 30 de agosto de 2001

  
**ANA NEYLE OLÍMPIO HOLANDA**