|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Nº CNJ | : | 0006788-24.2001.4.02.5102 |
| RELATORA | : | JUIZA FEDERAL CONVOCADA SANDRA CHALU BARBOSA |
| APELANTE | : | NUCLEO DE EDUCACAO CULTURA E DESPORTES LTDA |
| ADVOGADO | : | CARLOS ALBERTO LIMA DE ALMEIDA |
| APELADO | : | UNIAO FEDERAL / FAZENDA NACIONAL |
| ORIGEM | : | TERCEIRA VARA FEDERAL DE NITERÓI (200151020067886) |

DECISÃO

Trata-se de apelação cível interposta em face da sentença de fls. 130/135, que julgou improcedente o pedido de reconhecimento do direito de opção pelo SIMPLES, nos termos da redação originária da Lei nº 9.317/96, sem a majoração do adicional de 50% imposto pela Lei nº 10.034/2000.

O autor pretende a reforma do julgado (fls.141/149), sob fundamento, em síntese, de que todos que exercem atividades ligadas a educação escolar devem ter tratamentos iguais diante do fisco, motivo pelo qual não se justifica o aumento de 50% (cinquenta por cento), a título de recolhimento no SIMPLES cobrados as creches, pré-escola e ensino fundamental, imposto pela edição da Lei nº 10.034/00, visto que, segundo entendimento do C. STF, não pode haver discriminação entre contribuintes em situações equivalentes.

Aduz, ainda, que faz jus ao direito de compensação dos valores indevidamente recolhidos.

Contrarrazões às fls.151/165.

É o relatório. DECIDO.

Importante ressaltar que o juiz não está vinculado a examinar todos os argumentos expendidos pelas partes, nem a se pronunciar sobre todos os artigos de lei, restando bastante que, no caso concreto, decline fundamentos suficientes e condizentes a lastrear sua decisão.

O artigo 170, da Carta Constitucional, ao disciplinar sobre a ordem econômica, salienta como um dos princípios a serem alcançados, neste objetivo, o *“tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”*.

No mesmo desiderato, o artigo 179 determinou à União, Estados, Distrito Federal e Municípios dispensar às microempresas e às empresas de pequeno porte, *assim definidas em lei*, tratamento jurídico diferenciado, visando incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas, *por meio de lei.*

Para dar cobro a tais disposições insculpidas no texto constitucional, sobreveio a Lei nº 9.317/96, instituindo o “Sistema Integrado de Imposto e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES”.

Enquadrada nos termos da lei, a pessoa jurídica opta pela inscrição no SIMPLES, do que decorre o pagamento mensal unificado do IRPJ, PIS/PASEP, CSLL, COFINS, IPI e contribuições à seguridade social.

Como critérios de enquadramento, além de aspectos quantitativos relativos à receita bruta apurada, a norma jurídica estabeleceu critérios outros de ordem objetiva, dentre os quais aspectos relacionados ao objeto social perseguido pela empresa.

Dentre as restrições ao enquadramento, previstas no artigo no artigo 9º, da lei nº 9.317/96, o legislador vedou, no inciso XIII, a opção de empresas que desenvolvam determinadas atividades, diretamente ou de forma assemelhada:

“Art. 9° 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;

(...)”

Este rol excludente deriva da “lei”, conforme autorização do constituinte, e decorre de escolha do legislador ordinário, atendendo a objetivos extrafiscais. Daí porque descabe ao Poder Judiciário apreciar os motivos ensejadores da exclusão de determinados tipos de empresa.

O tema em questão foi apreciado através do julgamento da ADI-MC 1643/UF, de relatoria do Excelentíssimo Ministro Maurício Corrêa, julgado em 30.10.1997, DJ 19.12.1997, nos seguintes termos:

*“... a lei tributária - esse é o caráter da Lei nº 9.317/96 - pode*

*discriminar por motivo extrafiscal entre ramos de atividade econômica, desde que a distinção seja razoável, como na hipótese*

*vertente, derivada de uma finalidade objetiva e se aplique a todas*

*as pessoas da mesma classe ou categoria.*

*A razoabilidade da Lei nº 9.317/96 consiste em beneficiar as pessoas que não possuem habilitação profissional exigida por lei,*

*seguramente as de menor capacidade contributiva e sem estrutura*

*bastante para atender a complexidade burocrática comum aos empresários de maior porte e os profissionais liberais.*

*Essa desigualdade factual justifica tratamento desigual no âmbito*

*tributário, em favor do mais fraco, de modo a atender também à norma contida no § 1º, do art. 145, da Constituição Federal, tendo-se em vista que esse favor fiscal decorre do implemento da política fiscal e econômica, visando o interesse social. Portanto, é ato discricionário que foge ao controle do Poder Judiciário, envolvendo juízo de mera conveniência e oportunidade do Poder Executivo."*

A Lei 10.034, de 24 de outubro de 2000 em seus artigos 1º e 24, alterando a exclusão mencionada na Lei 9.317/96, dispôs:

*"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."*

Portanto, somente a partir da data da edição da Lei nº 10.034/00 a apelante passou a fazer jus da opção pelo SIMPLES.

 O tema restou pacificado através do julgamento do REsp nº1021263 / SP (2008/0002943-9) de relatoria do Excelentíssimo Ministro LUIZ FUX, submetido ao rito dos Recursos Repetitivos , que assim decidiu:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. OPÇÃO PELO SIMPLES. INSTITUIÇÕES DE ENSINO MÉDIO QUE SE DEDIQUEM EXCLUSIVAMENTE ÀS ATIVIDADES DE CRECHE, PRÉ-ESCOLAS E ENSINO FUNDAMENTAL. ARTIGO 9º, XIII, DA LEI 9.317/96. ARTIGO 1º, DA LEI 10.034/2000. LEI 10.684/2003.

1. A Lei 9.317, de 5 de dezembro de 1996 (revogada pela Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006), dispunha sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte, instituindo o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES.

2. O inciso XIII, do artigo 9º, do aludido diploma legal, ostentava o seguinte teor:

"Art. 9° 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;

(...)"

3. A constitucionalidade do inciso XIII, do artigo 9º, da Lei 9.317/96, uma vez não vislumbrada ofensa ao princípio da isonomia tributária, restou assentada pelo Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, quando do julgamento da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.643-DF, oportunidade em que asseverou:

"... a lei tributária - esse é o caráter da Lei nº 9.317/96 – pode discriminar por motivo extrafiscal entre ramos de atividade econômica, desde que a distinção seja razoável, como na hipótese vertente, derivada de uma finalidade objetiva e se aplique a todas as pessoas da mesma classe ou categoria.

A razoabilidade da Lei nº 9.317/96 consiste em beneficiar as pessoas que não possuem habilitação profissional exigida por lei, seguramente as de menor capacidade contributiva e sem estrutura bastante para atender a complexidade burocrática comum aos empresários de maior porte e os profissionais liberais.

Essa desigualdade factual justifica tratamento desigual no âmbito tributário, em favor do mais fraco, de modo a atender também à norma contida no § 1º, do art. 145, da Constituição Federal, tendo-se em vista que esse favor fiscal decorre do implemento da política fiscal e econômica, visando o interesse social. Portanto, é ato discricionário que foge ao controle do Poder Judiciário, envolvendo juízo de mera conveniência e oportunidade do Poder Executivo."

(ADI-MC 1643/UF, Rel. Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 30.10.1997, DJ 19.12.1997)

4. A Lei 10.034, de 24 de outubro de 2000, alterou a norma inserta na Lei 9.317/96, determinando que:

"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."

5. A Lei 10.684, de 30 de maio de 2003, em seu artigo 24, assim dispôs:

"Art. 24. Os arts. 1o e 2o da Lei no 10.034, de 24 de outubro de 2000, passam a vigorar com a seguinte redação:

'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 exclusivamente às seguintes atividades:

I ? creches e pré-escolas;

II ? estabelecimentos de ensino fundamental;

III ? centros de formação de condutores de veículos automotores de

transporte terrestre de passageiros e de carga;

IV ? agências lotéricas;

V ? agências terceirizadas de correios;

VI ? (VETADO)

VII ? (VETADO)' (NR)

(...)"

6. A irretroatividade da Lei 10.034/2000, que excluiu as pessoas jurídicas dedicadas às atividades de creche, pré-escola e ensino fundamental das restrições à opção pelo SIMPLES, impostas pelo artigo 9º, da Lei n.º 9.317/96, restou sedimentada pelas Turmas de Direito Público desta Corte consolidaram o entendimento da irretroatividade da Lei uma vez inexistente a subsunção a quaisquer das hipóteses previstas no artigo 106, do CTN, verbis:

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

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

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 implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática."

7. Precedentes das Turmas de Direito Público: REsp 1056956/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/05/2009, Dje 01/07/2009; AgRg no REsp 1043154/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 16/02/2009; AgRg no REsp 611.294/PB, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 19/12/2008; REsp 1.042.793/RJ, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 22.04.2008, Dje 21.05.2008; REsp 829.059/RJ, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 18.12.2007, DJ 07.02.2008; e REsp 721.675/ES, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 23.08.2005, DJ 19.09.2005).

8. In casu, à data da impetração do mandado de segurança (07/07/1999), bem assim da prolatação da sentença (11/10/1999), não estava em vigor a Lei 10.034/2000, cuja irretroatividade reveste de legalidade o procedimento administrativo que inadmitiu a opção do SIMPLES pela escola recorrida.

9. Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

Soma-se, ainda, ao fundamento acima esposado, o entendimento contido na Súmula nº 448, do C. STJ:

*“Súmula nº 448*

*A opção pelo Simples de estabelecimentos dedicados às atividades de creche, pré-escola e ensino fundamental é admitida somente a partir de 24/10/2000, data de vigência da Lei n. 10.034/2000."*

Quanto a fixação da alíquota de 50% (cinquenta por cento) para recolhimento do SIMPLES, instituída pela edição da Lei nº 10.684/03, entendo que não merece qualquer reparo a r. sentença, cuja fundamentação abaixo transcrevo e adoto como razão de decidir.

*“(...)*

*No tocante à alegada inconstitucionalidade do adicional de 50% sobre os valores devidos pelas creches, pré-escolas e escolas de ensino fundamental, por força de sua admissão no SIMPLES autorizada pela Lei 10.034/00, também entendo que não merece acolhida, uma vez ser cediço que a Corte Excelsa possui firme entendimento no sentido de que as normas constitucionais não auto-aplicáveis, ou as normas constitucionais de eficácia limitada, o Constituinte delegou ao legislador a conformação de sua vontade, ou seja, quando a Constituição Federal utiliza-se da expressão “na forma da lei”, cabe ao legislador, e não ao Judiciário, o papel de interpretar sua vontade.*

*Sendo assim, cabe ao legislador definir quais as atividades devem submeter-se ao regime unificado de tributos, bem como o montante dos valores a serem pagos, com a fixação das bases de cálculo e alíquotas, de acordo com as peculiaridades de cada uma delas, sem que isso possa ser considerado uma lesão ao princípio da isonomia, não sendo outra a fundamentação do acórdão supratranscrito.*

*Desse modo, mostra-se inevitável a conclusão de que, se o legislador pode legitimamente, segundo o E. STF, excluir essas entidades do regime do SIMPLES, pode da mesma forma tributar diferentemente pessoas que se encontram dentro desse regime em razão de suas atividades, do seu porte, ou outro critério, como o faz, inclusive, quando fixa alíquotas diferenciadas em razão de sua receita bruta. Trata-se de aplicação do singelo raciocínio de que “quem pode o mais, pode o menos”.*

*(...)”*

 Acrescenta-se que é entendimento jurisprudencial consolidado, não se constituir em nulidade ou ofensa ao art. 93, IX, da CF, o relator adotar como razões de decidir os fundamentos da sentença ou da manifestação ministerial, desde que comporte análise de toda a tese defensiva.

Importante citar que, conforme restou decidido pelo Pretório Excelso (ARE 646862 AgR, Relator(a):  Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 13/12/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-032 DIVULG 13-02-2012 PUBLIC 14-02-2012; ARE 657355 AgR, Relator(a):  Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 06/12/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-022 DIVULG 31-01-2012 PUBLIC 01-02-2012), possui legitimidade jurídico-constitucional a técnica de fundamentação que consiste na incorporação, ao acórdão, dos fundamentos que deram suporte a anterior decisão (motivação *per relationem*).

Ante o exposto, nego seguimento ao recurso de apelação, pelos motivos acima explicitados.

Decorrido, in albis, o prazo recursal, remetam-se os autos à Vara de origem, com as cautelas de praxe.

Publique-se. Intime-se.

Rio de Janeiro, 30 de março de 2015.

SANDRA CHALU BARBOSA

Juíza Federal Convocada

Relatora