



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.021.263 - SP (2008/0002943-9)

RELATOR : **MINISTRO LUIZ FUX**
RECORRENTE : **FAZENDA NACIONAL**
PROCURADORES : **CLAUDIO XAVIER SEEFELDER FILHO**
MARIA CECÍLIA LEITE MOREIRA E OUTRO(S)
RECORRIDO : **CENTRO DE CRIATIVIDADE INFANTIL SONHO DOURADO**
S/S LTDA ME
ADVOGADO : **LUCIA DA COSTA MORAIS PIRES MACIEL E OUTRO(S)**

EMENTA

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. 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;

(...)"

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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 nº 9.317/96, restou sedimentada pelas Turmas de Direito Público desta Corte consolidaram o entendimento da irretroatividade da Lei uma vez



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 prolação 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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Denise Arruda, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Eliana Calmon.

Brasília (DF), 25 de novembro de 2009(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO LUIZ FUX
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.021.263 - SP (2008/0002943-9)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator): Trata-se de recurso especial interposto pela FAZENDA NACIONAL, com fulcro nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, contra acórdão prolatado pelo TRF da 3ª Região, assim ementado:

TRIBUTÁRIO – PROCESSUAL CIVIL - SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE – SIMPLES – ESTABELECIMENTOS DE ENSINO (CRECHES, PRÉ-ESCOLA E ENSINO FUNDAMENTAL) – LEI Nº 10.034/2000 – APLICABILIDADE – DIREITO SUPERVENIENTE – ART. 462 DO CPC – ART. 106, II, “c” DO CTN.

1. As microempresas e empresas de pequeno porte inseridas nas situações elencadas pelo art. 9º da Lei nº 9.317/96 estão impedidas de optarem pelo sistema tributário simplificado – SIMPLES.

2. As pessoas jurídicas que se dedicam às atividades de creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental, ficam excluídas da restrição imposta pelo art. 9º da Lei nº 9.317/96, na precisa dicção do art. 1º da Lei nº 10.034/2000.

3. Deverá ser levado em consideração pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte, no momento da sentença ou acórdão, qualquer fato superveniente que venha influenciar no direito postulado, desde que a incidência do direito novo não leve a modificação da causa de pedir. Inteligência do art. 462 do CPC.

4. O art. 106, II, “c”, do CTN prevê a possibilidade da retroação da lei, no que se refere a ato não julgado definitivamente, sempre que a lei nova for mais benéfica ao contribuinte.

Noticiam os autos que CENTRO DE CRIATIVIDADE INFANTIL URSINHO BRANCO S/C LTDA, em 07/07/1999, impetrou mandado de segurança, objetivando assegurar o seu direito à inscrição no SIMPLES, instituído pela Lei 9.317/96, ao argumento da inconstitucionalidade do art. 9º, da referida lei, na medida em que esta subtrai, do contribuinte, com fundamento único na atividade empresarial que exerce, o critério privilegiado estendido aos demais contribuintes integrantes do mesmo nível econômico definido como fato determinante do privilégio fiscal concedido.

O Juízo singular, em sentença publicada na data de 11/10/1999, julgou o pedido improcedente.

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região deu provimento à apelação, nos termos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da ementa supra destacada.

Nas razões do especial, sustenta a recorrente violação dos arts. 106, II, do CTN, porquanto teria o Tribunal aplicado retroativamente a Lei 10.034/00; e 1º e 4º dessa mesma lei, a qual expressamente estipulou o início de vigência para o dia da sua publicação, a partir de quando, portanto, estariam as creches e pré-escolas autorizadas a optar pelo aludido sistema tributário simplificado.

Foram oferecidas contra-razões ao apelo, alegando a ausência de prequestionamento.

O recurso especial recebeu crivo positivo de admissibilidade na instância de origem.

Parecer do Ministério Público às fls. 193/200, opinando pelo não-conhecimento do recurso, ante a ausência de interposição de recurso extraordinário.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.021.263 - SP (2008/0002943-9)

EMENTA

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. 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;

(...)"

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 prolação 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.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator): Preliminarmente, impõe-se o conhecimento do recurso, porquanto devidamente prequestionada a matéria federal suscitada.

Impende salientar que a Súmula 126 do STF não se aplica à presente hipótese, porquanto não vislumbrado, no acórdão recorrido, fundamento constitucional autônomo e suficiente a sustenta-lo. Ao revés, aludiu o Tribunal ao princípio da isonomia apenas no sentido de justificar a constitucionalidade do art. 9º da Lei 9.317/96, o que, nesse particular, corrobora a tese defendida pela recorrente.

Cinge-se a controvérsia posta em definir-se acerca da possibilidade da recorrida, estabelecimento de ensino dedicado à atividade de creche, pré-escola e ensino fundamental, de aderir ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Noticiam os autos que o INSTITUTO INFANTIL LEIDIAVILA LTDA impetrou mandado de segurança pretendendo obter a declaração de seu direito em optar pelo regime de tributação diferenciada denominado Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES.

Em sua inicial, postulou o impetrante pela declaração de inconstitucionalidade do art. 9º, inciso XIII, da Lei 9.317/96, "na medida em que subtrai o contribuinte, com fundamento único na atividade empresarial que exerce (sociedade de profissionais professores), do critério privilegiado estendido aos demais contribuintes integrantes do mesmo nível econômico definido como fato determinante do privilégio fiscal concedido" (fl. 08). Pugnou, assim, pela concessão da ordem para que a autoridade coatora incluísse a impetrante, que se enquadra nas delimitações do artigo 2º, da Lei 9.317/96 (pequena empresa ou empresa de pequeno porte) no SIMPLES, afastando-se, assim, o obstáculo erigido pela errônea interpretação do artigo 9º, inciso XIII, da mencionada lei (que afasta da opção pelo SIMPLES empresas que prestem serviços profissionais de professor).

O Juízo de primeira instância, embora reconhecendo a constitucionalidade do art. 9º, inciso XIII, da Lei 9.317/96, entendeu que a impetrante não possuía faturamento superior a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais), limite estabelecido pela Lei 9.841/99 para que a empresa possa ser considerada de pequeno porte.

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região negou provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos da ementa supra destacada.

Entendeu o Tribunal a *quo* que o critério para o ingresso ao SIMPLES depende do preenchimento do critério quantitativo e qualitativo. No que pertine ao critério quantitativo, a autora impetrante preenchia os requisitos, posto que não possuía faturamento maior que R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais). Quanto ao critério qualitativo, a controvérsia restou pacificada com o advento da Lei 10.034/01 ao dispor que "ficam excetuadas da restrição de que trata o inciso XIII, do art. 9º, da Lei 9.317, de 05 de dezembro de 2001, as pessoas jurídicas que se dediquem às atividades de creches, pré-escola e estabelecimentos de ensino fundamental.

Deveras, 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.

O inciso XIII, do artigo 9º, do aludido diploma legal, ostenta o seguinte teor:

"Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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;

(...)"

O Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, quando do julgamento da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.643-DF, pugnou pela constitucionalidade do inciso XIII, do artigo 9º, da Lei 9.317/96, uma vez não vislumbrada ofensa ao princípio da isonomia tributária. Isto porque:

"... 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 ementa do aludido julgado restou assim vazada:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA LIMINAR. "SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES": LEI Nº 9.317, DE 5 DE DEZEMBRO DE 1996. PESSOA JURÍDICA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CUJO EXERCÍCIO DEPENDA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABILITAÇÃO PROFISSIONAL LEGALMENTE EXIGIDA: NÃO PODE OPTAR PELO "SISTEMA SIMPLES".

1. Há pertinência temática entre os objetivos estatutários da Confederação Nacional das Profissões Liberais e a lei questionada, que instituiu o "Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES".

2. Ainda que classificadas como microempresas ou empresas de pequeno porte porque a receita bruta anual não ultrapassa os limites fixados no art. 2º, incisos I e II, da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, não podem optar pelo "Sistema SIMPLES" as pessoas jurídicas prestadoras de serviços que dependam de habilitação profissional legalmente exigida.

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

Nada obstante, 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."

Em 30 de maio de 2003, sobreveio a Lei 10.684, que, 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)*

'Art. 2º Ficam acrescidos de cinquenta por cento os percentuais referidos no art. 5º da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, alterado pela Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998, em relação às atividades relacionadas nos incisos II a V do art. 1º desta Lei e às pessoas jurídicas que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aufiram receita bruta decorrente da prestação de serviços em montante igual ou superior a trinta por cento da receita bruta total.' (NR)"

No presente caso, o Tribunal de origem assinalou que:

"... Ultrapassada a questão sob o enfoque da constitucionalidade, passo ao exame da controvérsia relativa ao enquadramento da impetrante no regime do SIMPLES, levando em consideração o teor do art. 9º, XIII, da Lei 9.317/96.

Nesse contexto, cinge-se a questão posta em debate nos presentes autos à possibilidade de se enquadrar a impetrante, estabelecimento de ensino para a infância em geral, jardim de infância, pré-escola e correlatos (fl. 22), no SIMPLES.

No que se refere ao critério quantitativo, o art. 2º, II, da Lei 9.841/99, dispõe ser empresa de pequeno porte, a pessoa jurídica e a firma mercantil individual que, não enquadrada como microempresa, tiver receita bruta anual superior a R\$ 244.000,00 (duzentos e quarenta e quatro mil reais) e igual ou inferior a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais).

Não merece reparos a posição adotada na sentença recorrida, no sentido de que conforme documento de fls. 29, o impetrante obteve, no ano de 1999, faturamento total de R\$ 864.034,50 (oitocentos e sessenta e quatro mil, trinta e quatro reais e cinqüenta centavos) e não possuiu, em nenhum exercício anterior, faturamento superior a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais), limite estabelecido pela Lei 9.841/99 para que a empresa possa ser considerada de pequeno porte.

Relativamente ao critério qualitativo, por sua vez, entendo que a Lei 10.034/2000, em seu art. 1º, pôs fim a controvérsia ao dispor que ficam excetuadas da restrição de que trata o inciso XIII, do art. 9º da Lei 9.317, de 5 de dezembro de 1996, as pessoas jurídicas que se dediquem às seguintes atividades: I - creches, pré-escola; II - estabelecimentos de ensino fundamental.

Correto, ainda, o entendimento sufragado pelo MM. Magistrado sentenciante, ao assentar que não há como negar que a atividade desenvolvida por uma escola não se exaure na estreita expressão 'atividade de professor'. Conforme perfil constitucional delineado no art. 205, as instituições de ensino viabilizam o direito fundamental à educação, sendo um dos pilares da formação do ser humano e da sociedade, tornando-se instrumentos facilitadores para a realização dos objetivos básicos da própria Educação: isto é, o pleno desenvolvimento da pessoa humana, o preparo para o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho.

Tendo em vista a previsão contida no art. 1º, I e II, da Lei 10.034/00, publicada no DJ de 24/10/2000, a impetrante passou a ter o direito de optar pelo SIMPLES, diante da compatibilidade de seu objeto social com o preceito citado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Merece guarida, portanto, a pretensão da impetrante, pois, na dicção do art. 106, II, "b", do Código Tributário Nacional – A lei aplica-se a ato ou fato pretérito: II – tratando-se de ato não definitivamente julgado: 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" (fls. 155/156).

Ocorre que as Turmas de Direito Público desta Corte consolidaram o entendimento da 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), 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."

À guisa de exemplo, confirmam-se as ementas dos seguintes julgados desta Corte:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. 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. PRECEDENTE EDCL no RESP N.º 882553/RS, julgado em 23.04.2009

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. 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. O Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, quando do julgamento da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.643-DF, pugnou pela constitucionalidade do inciso XIII, do artigo 9º, da Lei 9.317/96, uma vez não vislumbrada ofensa ao princípio da isonomia tributária. Isto porque: "... 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. Nada obstante, 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. Em 30 de maio de 2003, sobreveio a Lei 10.684, que, 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) (...)"



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. As Turmas de Direito Público desta Corte consolidaram o entendimento da 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), 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 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. Conseqüentemente, ante a irretroatividade do benefício fiscal instituído pela Lei 10.034/2000, reveste-se de legalidade o procedimento administrativo que inadmitiu a opção do SIMPLES pela escola recorrida, no período anterior a 25.10.2000.

9. Recurso especial provido.

(REsp 1056956/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/05/2009, DJe 01/07/2009)

TRIBUTÁRIO – SIMPLES – CRECHE E ESCOLA MATERNAL – ENQUADRAMENTO – ART. 1º DA LEI N. 10.034/2000 – LEI N. 10.684/2003 – SUPERVENIÊNCIA – IRRETROATIVIDADE – PRECEDENTES.

1. O artigo 1º da Lei n. 10.034/2000 excluiu da restrição imposta ao benefício fiscal de opção pelo SIMPLES os estabelecimentos de ensino que se dediquem exclusivamente às atividades de creche, pré-escola e ensino fundamental. Posteriormente, a Lei n. 10.684/2003 retirou da exclusão as creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental, possibilitando sua adesão ao regime de tributação.

2. A jurisprudência dominante nas Turmas que compõem a Seção de Direito Público deste Tribunal firmou-se no sentido de que o direito à opção pelo SIMPLES, com fundamento na legislação superveniente, somente pode ser exercido a partir da vigência de tal legislação.

3. O art. 106 do Código Tributário Nacional confirma este entendimento pois, se ele veda a retroatividade do gênero lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tributária, da qual a lei isentiva é espécie, para afastar o pagamento de tributo, conseqüentemente, impede também sua retroação para a não-realização do fato jurídico tributário, que antecedente lógico daquele.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1043154/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 16/02/2009)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ESTABELECIMENTO DE ENSINO. OPÇÃO PELO "SIMPLES". ART. 9º, XIII, DA LEI 9.317/1996. AGRAVO REGIMENTAL. INOVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. O art. 9º, XIII, da Lei 9.317/1996, veda aos estabelecimentos de ensino a opção pelo SIMPLES. A Lei 10.034/2000 afastou a restrição em relação às pessoas jurídicas que explorem exclusivamente a atividade de creche, pré-escola ou de ensino fundamental.

2. É vedada a inovação na lide por meio de Agravo Regimental.

3. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp 611.294/PB, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 19/12/2008)

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. SIMPLES. ESTABELECIMENTO DE ENSINO. POSSIBILIDADE DE OPÇÃO SOMENTE COM A VIGÊNCIA DA LEI N. 10.034/2000. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS QUE COMPÕEM A PRIMEIRA SEÇÃO.

1. Cuida-se de recurso especial interposto pela Fazenda Nacional contra acórdão que autorizou a empresa autora a optar pelo SIMPLES. Sustenta a Fazenda Nacional que a Lei n. 9.317/96 não autorizou as empresas que exploram atividade de ensino optarem pelo SIMPLES, ademais não há que se falar em aplicação retroativa da Lei n. 10.034/2000.

2. Entendimento deste Tribunal de que somente com a vigência da Lei n. 10.034/2000 é que foi admitida a opção pelo SIMPLES dos estabelecimentos que se dediquem exclusivamente às atividades de creches, pré-escolas e ensino fundamental.

3. Nesse sentido, registro a linha de pensar de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção deste STJ:

- O art. 9º, XIII, da Lei 9.317/96, não permite que os estabelecimentos de ensino optem pelo SIMPLES, porquanto prestam serviços profissionais de professor. Com o advento da Lei 10.034/2000, afastou-se a restrição em relação às pessoas jurídicas que explorem exclusivamente a atividade de creche, pré-escola ou de ensino fundamental.

- Contudo, a orientação prevalente nas Turmas de Direito Público deste Tribunal firmou-se no sentido de que o direito à opção pelo SIMPLES, com fundamento na legislação superveniente, somente pode ser exercido a partir da vigência de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tal legislação. (REsp 829.059/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 07.02.2008).

- A pessoa jurídica que se dedica à pré-escola e ao ensino fundamental somente tem direito a optar pelo SIMPLES a partir da vigência da Lei n. 10.034/00 que não pode ter aplicação retroativa. (REsp 722.307/SC, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 16.5.2005)

4. **Recurso especial provido.** (REsp 1.042.793/RJ, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 22.04.2008, DJe 21.05.2008)

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. OPÇÃO PELO SIMPLES. ESTABELECIMENTO DE ENSINO. RESTRIÇÃO. EXCEÇÃO PROMOVIDA PELA LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. RETROATIVIDADE INVIÁVEL. PRECEDENTES.

1. O art. 9º, XIII, da Lei 9.317/96, não permite que os estabelecimentos de ensino optem pelo SIMPLES, porquanto prestam serviços profissionais de professor. Com o advento da Lei 10.034/2000, afastou-se a restrição em relação às pessoas jurídicas que explorem exclusivamente a atividade de creche, pré-escola ou de ensino fundamental.

2. Contudo, a orientação prevalente nas Turmas de Direito Público deste Tribunal firmou-se no sentido de que o direito à opção pelo SIMPLES, com fundamento na legislação superveniente, somente pode ser exercido a partir da vigência de tal legislação.

3. **Recurso especial provido.** (REsp 829.059/RJ, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 18.12.2007, DJ 07.02.2008)

"TRIBUTÁRIO. SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES. ESTABELECIMENTO DE ENSINO. OPÇÃO. ART. 9º, INCISO XIII, DA LEI N.º 9.317/96. RESTRIÇÃO. ART. 1º DA LEI N.º 10.034/00. RETROAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Com o advento da Lei n.º 10.034/2000, as pessoas jurídicas dedicadas às atividades de creche, pré-escola e ensino fundamental foram excluídas das restrições impostas pelo art. 9º da Lei n.º 9.317/96, permitindo-se-lhes a opção pelo SIMPLES.

2. O art. 106 do CTN, em seus incisos, estabelece quando a lei tributária será aplicada a atos ou fatos pretéritos. O caso dos autos não se enquadra nas hipóteses, de modo que descabido cogitar de retroação da Lei n.º 10.034/00.

3. A pessoa jurídica que se dedica à creche, pré-escola e ao ensino fundamental somente tem direito a optar pelo SIMPLES a partir da vigência da Lei n.º 10.034/00, que não pode ter aplicação retroativa.

4. **Recursos especiais providos.** (REsp 721.675/ES, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 23.08.2005, DJ 19.09.2005)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

In casu, à data da impetração do mandado de segurança (07/07/1999), bem assim da prolação 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.

Ex positis, DOU PROVIMENTO ao recurso especial.

Porquanto tratar-se de recurso representativo da controvérsia, sujeito ao procedimento do art. 543-C do Código de Processo Civil, determino, após a publicação do acórdão, a comunicação à Presidência do STJ, aos Ministros das 1ª, 2ª e 3ª Seções, aos Tribunais Regionais Federais, bem como aos Tribunais de Justiça dos Estados, com fins de cumprimento do disposto no parágrafo 7.º do artigo 543-C do Código de Processo Civil (arts. 5º, II, e 6º, da Resolução 08/2008).

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2008/0002943-9

REsp 1021263 / SP

Número Origem: 199961120052504

PAUTA: 25/11/2009

JULGADO: 25/11/2009

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LUIZ FUX**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FLAVIO GIRON

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL

PROCURADORES : CLAUDIO XAVIER SEEFELDER FILHO

MARIA CECÍLIA LEITE MOREIRA E OUTRO(S)

RECORRIDO : CENTRO DE CRIATIVIDADE INFANTIL SONHO DOURADO S/S LTDA ME

ADVOGADO : LUCIA DA COSTA MORAIS PIRES MACIEL E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Regimes Especiais de Tributação - SIMPLES

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Seção, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Castro Meira, Denise Arruda, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Eliana Calmon.

Brasília, 25 de novembro de 2009

Carolina Vêras
Secretária