



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº : 10880.004499/99-97
SESSÃO DE : 14 de abril de 2005
ACÓRDÃO Nº : 301-31.768
RECURSO Nº : 128.550
RECORRENTE : ESCOLA DE EDUCAÇÃO INFANTIL NOVA ERA S/C.
LTDA.
RECORRIDA : DRJ/SÃO PAULO/SP

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO PELA VIA ADMINISTRATIVA - À autoridade administrativa não compete rejeitar a aplicação de lei sob a alegação de inconstitucionalidade, por se tratar de matéria de competência exclusiva do Poder Judiciário.

SIMPLES. DESENQUADRAMENTO. A lei veda a opção pelo SIMPLES por pessoa jurídica que exerça atividade de professor ou a ela assemelhada.

Recurso Voluntário improvido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de inconstitucionalidade. No mérito, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Brasília-DF, em 14 de abril de 2005

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO
Presidente

IRENE SOUZA DA TRINDADE TORRES
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: CARLOS HENRIQUE KLASER FILHO, ATALINA RODRIGUES ALVES, JOSÉ LUIZ NOVO ROSSARI, LUIZ ROBERTO DOMINGO, VALMAR FONSÊCA DE MENEZES e HELENILSON CUNHA PONTES (Suplente). Esteve presente o Procurador da Fazenda Nacional LEANDRO FELIPE BUENO.

RECURSO Nº : 128.550
ACÓRDÃO Nº : 301-31.768
RECORRENTE : ESCOLA DE EDUCAÇÃO INFANTIL NOVA ERA S/C.
LTDA.
RECORRIDA : DRJ/SÃO PAULO/SP
RELATOR(A) : IRENE SOUZA DA TRINDADE TORRES

RELATÓRIO

Tratam os autos da exclusão da contribuinte acima identificada do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, efetuada mediante expedição do Ato Declaratório nº. 145.429 (fl.22), em decorrência de exercer atividade econômica que não permite opção pelo SIMPLES.

A contribuinte apresentou manifestação de inconformidade à DRF de origem, que se pronunciou no sentido de manter a exclusão (fls.27/28). Irresignada, apresentou impugnação ao Órgão de Julgamento de 1ª Instância (fls. 35/47), o qual decidiu pela manutenção da exclusão (fls. 54/59).

Referida decisão, em sede preliminar, afastou a alegação de inconstitucionalidade da Lei nº. 9.317/96, por entender que não cabe à esfera administrativa apreciar alegações de inconstitucionalidade de atos legais ou administrativos.

No mérito, a decisão *a quo*, cuja ementa abaixo se transcreve, teve como fundamento os termos do inciso XIII do art. 9º da Lei nº. 9.317/96, o qual veda a opção pelo SIMPLES às pessoas jurídicas que, dentre outros, prestem serviços profissionais de professor ou assemelhados:

*“Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples
Ano-calendário: 1999
Ementa: SIMPLES
Não podem optar pelo SIMPLES as pessoas jurídicas cuja atividade não esteja contemplada pela legislação de regência, tal como é o caso de prestação de serviços de professor.
Solicitação Indeferida.”*

O julgado afastou, ainda, alegada ofensa ao princípio da isonomia, suscitada pela recorrente, sob o fundamento de que qualquer pessoa jurídica que preste serviço profissional de professor ou assemelhado está sujeita à exclusão do SIMPLES.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.550
ACÓRDÃO Nº : 301-31.768

Insurgindo-se contra o indeferimento do seu pedido, a contribuinte apresentou recurso voluntário a este Conselho de Contribuintes (fls. 69/71), onde expende os seguintes argumentos, em suma:

- a) que o funcionário público, quando investido dos poderes de fiscalização, deve agir em conformidade com a lei, não lhe cabendo o questionamento da constitucionalidade desta, mas que tal não se aplica ao funcionário público investido de poderes para julgar as lides, tendo este o dever de enfrentar a questão da constitucionalidade da lei ou ato administrativo impugnado, vez que não pode estar adstrito à presunção de constitucionalidade da norma infraconstitucional;
- b) que a Lei nº. 9.317/96 é inconstitucional:
 - (b.1) em razão do que dispõe o art. 179 da Constituição Federal, devendo a lei limitar-se a estabelecer parâmetros quantitativos que definiriam as microempresas e as empresas de pequeno porte, não havendo respaldo, portanto, para estabelecer lista de empresas excluídas do tratamento diferenciado constitucionalmente assegurado; e
 - (b.2) por ferir o princípio constitucional da isonomia entre contribuintes que se encontram em situações equivalentes, já que a outras empresas de pequeno porte é assegurado tratamento diferenciado, não se podendo excluir a recorrente, portanto, do mesmo tratamento; e
- (c) que não se equiparam serviço de escola e serviço de professor, nem sob seus aspectos estruturais, nem pela finalidade dos serviços prestados.

Por fim, pede seja cassado o Ato Declaratório que a excluiu do SIMPLES.

É o relatório.

RECURSO Nº : 128.550
ACÓRDÃO Nº : 301-31.768

VOTO

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade, razão porque dele conheço.

Insurge-se a recorrente contra decisão da DRJ/São Paulo, a qual indeferiu seu pedido de permanência no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, em razão de exercer atividade econômica não permitida a optar pelo SIMPLES.

O recurso apresentado pela contribuinte cinge-se, fundamentalmente, à discussão de dois temas: (a) a inconstitucionalidade da Lei nº. 9.317/96, sobre o que alega ter a Administração o dever de se pronunciar, e (b) a inaplicabilidade, ao caso, segundo afirma, do inciso XIII do art. 9º do retrocitado diploma legal, por falta de similaridade entre serviço de escola e serviço de professor.

Passo, agora, à análise das questões suscitadas:

DA APRECIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA

Alega a recorrente que o agente público revestido da função de julgamento tem o dever de se pronunciar sobre inconstitucionalidade de lei, pois entende que a Administração não pode estar adstrita à presunção de constitucionalidade da norma infraconstitucional.

Tal alegação, entretanto, mostra-se inteiramente equivocada.

As instâncias administrativas de julgamento não possuem competência legal para se manifestar sobre a inconstitucionalidade das leis, atribuição reservada ao Poder Judiciário, conforme disposto pela Constituição Federal, em seu art. 102, incisos I, “a” e III, “b”, 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).

No Direito brasileiro, portanto, o controle de constitucionalidade das leis em vigor é atribuição exclusiva do Poder Judiciário. Com isso, não sendo declarada a inconstitucionalidade por este Poder - seja com efeitos *erga omnes* (no controle concentrado de constitucionalidade), seja com efeito *inter partes* (no controle difuso) - a lei gozará, sim, de presunção de constitucionalidade, e, por conseguinte, será válida e terá aplicação cogente em todo o território nacional.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.550
ACÓRDÃO Nº : 301-31.768

É óbvio que a Administração tem o poder e até mesmo o dever de afastar a aplicação de lei inconstitucional, pois esta não é lei, é ato nulo, não obriga, não vincula ninguém. Entretanto, não pode a Administração negar-se à aplicação de lei que apenas entenda ser inconstitucional, pois não lhe compete realizar o controle difuso de constitucionalidade!

Sem a declaração de constitucionalidade daquele que é competente para tanto, não há que se falar em lei inconstitucional. Não tendo a Constituição Federal dado competência aos órgãos da Administração para efetuarem o controle de constitucionalidade das leis, não podem seus órgãos judicantes afastar a aplicação de lei que julgarem inconstitucional, pois **competência não tem quem quer, mas quem a teve atribuída pela Constituição.**

Desta feita, se o órgão administrativo deixa de aplicar lei vigente por considerá-la inconstitucional, não apenas invade a esfera de competência do Poder Judiciário, como também fere de morte um dos princípios norteadores da Administração Pública, qual seja, o princípio da hierarquia, pois se está discordando do Chefe do Poder Executivo que, ao não vetar a lei, está reconhecendo sua constitucionalidade.

A propósito da controvérsia empreendida pela contribuinte, cito 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.”

Afastada, portanto, a preliminar de inconstitucionalidade apontada pela recorrente: primeiro, porque milita a favor de todas as leis a **presunção de constitucionalidade**; segundo, porque, mesmo sendo uma presunção *juris tantum*, só ao órgão legitimamente indicado pela Constituição Federal como competente para exercer o controle de constitucionalidade cabe desconstituir tal presunção.

DA APLICABILIDADE, AO CASO, DO INCISO XIII DO ART. 9º DA LEI Nº 9.317/96

A recorrente, conforme consta da alteração contratual juntada aos autos à fl. 20, tem como atividade “*a prestação de serviço de ensino a nível de educação infantil, ensino fundamental e ensino médio*” (sic).

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.550
ACÓRDÃO Nº : 301-31.768

Daí porque, no mérito, a decisão recorrida manteve a exclusão da contribuinte do SIMPLES, frente à restrição veiculada pelo artigo 9º, XIII, da Lei nº 9.317/96, vez que o exercício de atividade assemelhada à de professor é impeditivo para a opção por aquele Sistema Integrado de Pagamento:

“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.”

(grifo não constante do original)

A atividade de ensino é atividade semelhante à de "professor", posto que essa deve ser entendida como qualquer atividade de prestação de serviço que lhe tenha similaridade ou semelhança, o que é confirmado pela orientação da COSIT, na resposta à pergunta n.º 19 do Boletim Central – SIMPLES – Perguntas e Respostas n.º 55.

Ressalta-se que “similar” ou “semelhante” não querem dizer “igual”, que é o que parece querer a contribuinte - que a expressão “similar” se ativesse às atividades iguais às de professor! Em nenhum momento se disse que o serviço de professor é igual ao de escola; é claro que guarda diferenças e é por isso mesmo que ele é apenas semelhante - se não fosse assim, seria igual!

Tanto o serviço de escola está incluso no inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/96, que, para que tal dispositivo não atingisse as creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental, é que veio, posteriormente, a Lei nº 10.034/2000 para excetuá-las da vedação da opção pelo SIMPLES. Fica claro, portanto, que se não houvesse aquele dispositivo excetuando tais atividades e estabelecimentos, aí estes estariam inclusos, vez que só se pode excluir aquilo que fora anteriormente incluso.

Há de se ressaltar, também, que não se aplica à contribuinte tal exceção determinada pela Lei n.º 10.034/2000, vez que a lei é taxativa: a vedação para optar pelo SIMPLES não se aplica às atividade de creche, pré-escola e estabelecimento de ensino fundamental, o que não abrange a recorrente, vez que esta, além das atividades de ensino em nível de educação infantil e fundamental, também presta serviços de ensino médio.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.550
ACÓRDÃO Nº : 301-31.768

Assim, também no mérito, não merece reforma a decisão *a quo*.

Por todo o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, mantendo o desenquadramento da recorrente do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES.

Sala das Sessões, em 14 de abril de 2005



IRENE SOUZA DA TRINDADE TORRES - Relatora