



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº : 10880.006335/99-31
SESSÃO DE : 14 de abril de 2005
ACÓRDÃO Nº : 301-31 770
RECURSO Nº : 128.560
RECORRENTE : GALLINA RODRIGUES S/C. LTDA.
RECORRIDA : DRJ/SÃO PAULO/SP

NORMAS PROCESSUAIS. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. COMPETÊNCIA DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. À autoridade administrativa não compete rejeitar a aplicação de lei sob a alegação de inconstitucionalidade. 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 DANÇAS 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).

RECURSO Nº : 128.560
ACÓRDÃO Nº : 301-31.770
RECORRENTE : GALLINA RODRIGUES 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. 157.745 (fl.26), em decorrência de haver pendências da empresa e/ ou sócios junto ao INSS e por exercer atividade econômica não permitida a optar pelo SIMPLES .

A contribuinte apresentou manifestação de inconformidade à DRF de origem, que se pronunciou no sentido de manter a exclusão (fls. 29/30) Inconformada, apresentou impugnação (fls. 37/48), a qual foi apreciada pela DRJ/São Paulo, que decidiu pela manutenção da exclusão.

Em sede preliminar, referida decisão (fls.55/60) 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.”

Referida decisão afastou, ainda, alegada ofensa ao princípio da isonomia, suscitada pela Recorrente, posto 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 : 128.560
ACÓRDÃO Nº : 301-31.770

Pronuncia, ainda, o *decisum* que “quanto aos eventos ‘pendências da empresa e/ou sócios junto à INSS’, que também motivaram a exclusão do estabelecimento do referido Sistema Integrado, não apresentou o impugnante qualquer defesa ou justificativa.”

Inconformada com o indeferimento do seu pedido, a contribuinte apresentou recurso voluntário (fls.65/78), onde repisa os mesmos argumentos expendidos na peça impugnatória, aduzindo, em suma, que:

- a esfera administrativa tem o dever de apreciar discussões sobre constitucionalidade de leis;
- a Lei nº. 9.317/96 é inconstitucional, em razão do que dispõe o art. 179 da Constituição Federal, devendo limitar-se à definição quantitativa do que seja microempresa e empresa de pequeno porte, não encontrando respaldo, portanto, para fixar ou definir as atividades que estariam excluídas do benefício.;
- a Lei nº. 9.317/96 fere frontalmente o princípio constitucional da isonomia, vez que pratica discriminação tributária em virtude da atividade exercida pela empresa; e que
- a atividade empresarial exercida pela prestadora de serviços educacionais é muito mais ampla que a desenvolvida pelo professor ou assemelhado, sendo, portanto, diferente desta, razão pela qual não se enquadraria no inciso XIII do art. 9º da Lei 9.317/96.

Permanece, ainda, silente quanto à motivação da exclusão relativa a pendências junto ao INSS.

Por fim, pede seja declarado insubsistente o ato de exclusão e mantida a sua opção pelo Simples.

É o relatório.

RECURSO Nº : 128.560
ACÓRDÃO Nº : 301-31.770

VOTO

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, razão porque dele conheço.

A teor do relatado, versam os autos sobre a exclusão da contribuinte acima identificada do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, em virtude de a recorrente de exercer atividade econômica incompatível com esse Sistema.

O recurso apresentado pela contribuinte cinge-se 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 do inciso XIII do art. 9º do retrocitado diploma legal, por falta de similaridade entre prestadora de serviços educacionais e serviço de professor.

Passo, agora, à análise das questões suscitadas:

DA APRECIACÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA

Alega a recorrente que a esfera administrativa tem o dever de se pronunciar sobre inconstitucionalidade de lei. Tal alegação, entretanto, como a seguir se demonstra, 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.

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,

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.560
ACÓRDÃO Nº : 301-31.770

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

Inicialmente cabe esclarecer que duas foram as motivações para excluir a recorrente do Simples: (a) pendências da empresa e/ou sócios junto ao INSS e (b) atividade econômica não permitida.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUENTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.560
ACÓRDÃO Nº : 301-31.770

Quanto ao primeiro item, a recorrente sequer o contesta, o que faz presumir sua veracidade. Entretanto, não é tudo, pois existe ainda outra questão que impossibilita a permanência da reclamante naquela sistemática: o exercício de atividade assemelhada à de professor.

Conforme consta de cópia do contrato social juntada aos autos às fls. 15/25, a atividade da empresa é o “*ensino mediante cursos livres da língua inglesa.*”, 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, conforme explícita 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.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.560
ACÓRDÃO Nº : 301-31.770

Há de se ressaltar, também, que não se aplica à contribuinte tal exceção determinada pela Lei nº. 10.034/2000, vez que a lei é taxativa: a vedação para optar pelo SIMPLES não se aplica às atividades de creche, pré-escola e estabelecimento de ensino fundamental, o que não abrange a recorrente, vez que esta se dedica ao ensino da língua inglesa.

Oportuno também ressaltar que a Lei nº 9.317/96, ao estabelecer a vedação do inciso XIII do art. 9º, em nenhum momento faz distinção se a atividade é prestada em curso regulamentar ou curso livre; se a pessoa jurídica possui, em seu quadro de funcionários, professores ou instrutores; muito menos importa se, aos participantes, é conferido diplomas ou certificados: basta a similitude da natureza da atividade profissional à de professor para que o fato se amolde à norma e a pessoa jurídica seja vedada a optar pelo SIMPLES.

Está claro, portanto, que é defesa a opção pelo SIMPLES à pessoa jurídica que tenha como atividade a prestação de serviços de professor ou qualquer outra que lhe guarde semelhança, como, indubitavelmente, é o caso da recorrente, que se dedica à prestação de serviços de ensino da língua inglesa.

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

Por todo o exposto, NEGÓ 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

IRENE SOUZA DA TRINDADE TORRES - Relatora