MF - Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
de 29 / 01 / 02
Rubrica

MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

139

Processo : 10880.010464/99-97
Acórdão : 202-13.227
Recurso : 116.300

Sessão : 30 de agosto de 2001
Recorrente : MS ESCOLA DE ESPORTES S/C LTDA.
Recorrida : DRJ em São Paulo - SP

NORMAS PROCESSUAIS – AÇÃO JUDICIAL E ADMINISTRATIVA CONCOMITANTES - O ajuizamento de Mandado de Segurança Coletivo, antes ou após ao procedimento fiscal, importa em renúncia à apreciação da mesma matéria na esfera administrativa, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio da jurisdição una, estabelecido no artigo 5°, inciso XXXV, da Carta Política de 1988. Recurso não conhecido, em face da renúncia à esfera administrativa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: MS ESCOLA DE ESPORTES S/C LTDA.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso, por renúncia à esfera administrativa.** Ausente, justificadamente, o Conselheiro Alexandre Magno Rodrigues Alves.

Sala das Sessões, em 30 de agosto de 2001

Marcos Vinicius Neder de Lima
Presidente

Adolfo Montelo
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Bueno Ribeiro, Luiz Roberto Domingo, Dalton Cesar Cordeiro de Miranda, Ana Paula Tomazzete Urroz (Suplente), Eduardo da Rocha Schmidt e Ana Neyle Olímpio Holanda.
Imp/cf/mdc

MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10880.010464/99-97
Acórdão : 202-13.227
Recurso : 116.300

Recorrente : MS ESCOLA DE ESPORTES S/C LTDA.

RELATÓRIO

Adoto o relatório constante da decisão de primeira instância, por bem elaborado, que transcrevo:

"O contribuinte acima qualificado, mediante Ato Declaratório de emissão do Sr. Delegado da Receita Federal em São Paulo, foi excluído do Sistema Integrado de Pagamento 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, 05/12/1996 e alterações posteriores.

Insurgindo-se contra a referida exclusão, a interessada apresentou Solicitação de Revisão da Exclusão da Opção pelo Simples - SRS, junto à DISIT da Delegacia da Receita Federal/SP, que manifestou-se pela improcedência da mesma (fl. 22 e 23).

Em 05/05/1999, 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, o contribuinte apresentou, impugnação (fls. 01 a 12), através de seu representante, alegando, em síntese:

1. A impugnante, entendendo enquadrar-se na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, nos termos da Lei nº 9.317/1996, artigos 2º, 3º, 5º e 8º, com as modificações introduzidas pela Lei nº 9.732/1998, optou pela inscrição no SIMPLES.

2. O desenquadramento feito pela Receita Federal com base no art. 9º, inciso XIII da Lei nº 9.317/1996 é inconstitucional e, mesmo que não fosse, não poderia ser aplicado contra a impugnante por não exercer a atividade de professor e sim de empresa regularmente constituída.

3. A requerente preenche todos os requisitos para o enquadramento no sistema tributário do SIMPLES, principalmente a condição de faturamento previsto no artigo 5ºda referida lei.

4. É flagrante a inconstitucionalidade do art. 9° da Lei n° 9.317/1996 por contrariar frontalmente o artigo 150, inciso II da Constituição Federal. O referido artigo também contraria o art. 179 da CF.

5. Além desses artigos constitucionais, o art. 9° da Lei n° 9.317/1996 fere o art. 5° da Constituição Federal que determina que todos são iguais perante a Lei, logo não se pode tratar os iguais de forma desigual como se pretende.

6. Da leitura dos artigos constitucionais fica evidente que o referido artigo discrimina a atividade exercida pela requerente, excluindo-a do direito de ser microempresa ou empresa de pequeno porte.

7. Mesmo desconsiderando a inconstitucionalidade acima, o artigo 9°, inciso XIII da referida lei não se aplica à impugnante por tratar-se de empresa que vende serviços e não de professor, atividade autônoma de lecionar, ou seja, aquele que presta serviços de forma liberal ou contratado.

8. A impugnante é uma empresa que vende serviços. O professor dentro da escola não é profissional liberal, tem que se ater ao regimento da escola, obedecer programas e horários, enfim é um empregado contratado sob o regime da CLT.

9. Neste diapasão, a própria Receita Federal já se manifestou através do Parecer Normativo n° 15, de 23/09/1983, em normatização dos Decretos-lei n° 1.790/1980 a 2.030/1983, os quais determinavam a incidência do imposto retido na fonte de lucros distribuídos aos sócios das pessoas jurídicas, nas alíquotas de 15% e de 3%.

10. No caso mencionado no parecer, a escola não podia enquadrar-se como profissão que contrata profissionais regulamentados para beneficiar-se do recolhimento de 3% de impostos sobre os dividendos distribuídos aos sócios, devendo recolher 15%. Entretanto, atualmente, ao analisar o art. 9° da lei que introduziu o SIMPLES, considerando que manter a mesma interpretação do passado beneficiaria a escola em recolher menos impostos e contribuições, o entendimento é outro, ou seja, a escola é equiparada a profissão devidamente regulamentada de professor.

Processo : 10880.010464/99-97
Acórdão : 202-13.227
Recurso : 116.300

11. A requerente enquadra-se totalmente no item 5.3.2 do parecer da própria Receita Federal supra mencionado, inclusive obtendo receita de outras rubricas, por esse motivo não deve ser equiparada a profissão regulamentada de professor, conforme equivocada interpretação da Receita Federal em face do art. 9°, da Lei n° 9.317/1996, fazendo jus ao enquadramento no sistema de tributação pelo SIMPLES.

12. A própria Receita Federal através de uma decisão administrativa já se manifestou favoravelmente a inclusão no sistema SIMPLES de pagamento de impostos as escolas que mantém atividade de berçário, educação infantil e pré-escolar. Cabe esclarecer que estas atividades dependem e muito de profissionais habilitados para cuidar das crianças nesta idade, portanto como poderia a Receita Federal estabelecer dois julgamentos diferentes sobre o mesmo assunto.

13. A Justiça Federal tem apreciado alguns Mandados de Segurança, com deferimento de liminar e Ação Declaratória com pedido de Tutela antecipada decidindo favoravelmente aos requerentes e, inclusive, a proprietários de escolas de ensino fundamental, médio e de idiomas, nos mesmos moldes das alegações supra mencionadas.

14. A impugnante, dessa forma, vem solicitar que a sua exclusão do Sistema Integrado de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES seja de pronto cancelada, em função da atividade da empresa requerente não estar contida nas vedações impostas no artigo 9°, inciso XIII, da Lei n° 9.317/1996."

A autoridade julgadora de primeira instância, através da Decisão DRJ/SPO n° 3204, de 29 de setembro de 1999, manifestou-se pela ratificação do Ato Declaratório, cuja ementa transcrevo:

"Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples

Ano-calendário: 1999

Ementa: SIMPLES

Processo : 10880.010464/99-97
Acórdão : 202-13.227
Recurso : 116.300

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.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

As autoridades administrativas são incompetentes para decidir sobre inconstitucionalidade de leis, por ser competência exclusiva do Poder Judiciário.

SOLICITAÇÃO INDEFERIDA".

Inconformada, a interessada, tempestivamente, apresenta o Recurso de fls. 37/47 e junta as cópias de fls. 48/61 e o original de fls. 62, no qual reitera todos os argumentos expostos por ocasião de sua impugnação, em cuja petição fala: dos fatos; da legalidade da opção ao SIMPLES; do desenquadramento daquela Sistemática de Pagamento de Impostos e Contribuições; do mal ferimento dos princípios constitucionais; e da busca da tutela do Estado em sede de Ação de Mandado de Segurança, assegurando a manutenção no Sistema.

Termina o recurso pedindo a reforma da decisão monocrática.

É o relatório.

MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10880.010464/99-97
Acórdão : 202-13.227
Recurso : 116.300

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR ADOLFO MONTELO

O recurso é tempestivo e dele tomo conhecimento.

Como relatado, a matéria em exame refere-se à inconformidade da recorrente devido à sua exclusão da Sistemática de Pagamentos dos Tributos e Contribuições denominada SIMPLES, com base no inciso XIII, artigo 9°, da Lei nº 9.317/96, que veda a opção, dentre outros, à pessoa jurídica que presta serviços de professor ou assemelhados.

Compulsando os autos, não encontrei cópia do combatido Ato Declaratório e/ou do Edital que noticia a exclusão coletiva daquele Sistema, como tem ocorrido quando da instrução de outros processos.

A atividade da recorrente poderá, à falta de outros elementos, ser verificada pelo seu Contrato Social e ou Alterações Contratuais, mas, para os autos não vieram cópias de tais documentos.

Observamos, pelo Documento de fls. 19, que se trata da inscrição da contribuinte no CNPJ, ex CGC, que a descrição de sua atividade econômica é dança, esportes e ginástica.

Em consonância com reiteradas decisões e pacífico entendimento deste Colegiado, com relação à empresa que explora a prestação de serviços de professor, ao ministrar aulas de dança, esporte e ginastica, sem sombra de dúvida, existe o impedimento legal de optar à Sistemática do SIMPLES.

Mas, em razão da juntada das cópias de fls. 50/55, referentes à Decisão prolatada pela Juíza Federal da 22ª Vara da Justiça Federal em São Paulo - SP, no Processo nº 97.0008609-7 de Mandado de Segurança Coletivo, que teve julgado procedente o pedido e concedida a segurança para assegurar o direito dos associados do Sindicato das Entidades Culturais, Recreativas, de Assistência Social, de Orientação e Formação Profissional no Estado de São Paulo, relacionados nos autos, se inscreverem no SIMPLES, desde que preencham os demais requisitos legais, outro rumo deve ser tomado para o deslinde da questão.

Em pesquisa pela internet, no endereço www.trf3.gov.br., verifica-se que na última fase do processo judicial acima consta: "em 18/09/2000 autos com remessa ao TRF 3ª Região ...".

Processo : 10880.010464/99-97
Acórdão : 202-13.227
Recurso : 116.300

A jurisprudência, já firmada neste Colegiado, é de que a medida judicial implica em renúncia do recorrente ao direito de recorrer da exigência na instância administrativa.

Vejamos o disposto no § 2° do artigo 1° do Decreto-Lei n° 1.737, de 20.12.79, *verbis:*

> "A propositura, pelo contribuinte, de ação anulatória ou declaratória do crédito da Fazenda Nacional importa em renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto."

Entendo que a propositura de ação judicial importa em desistência dos recursos no processo administrativo, pois, ao optar pela discussão da legitimidade de continuar optante ao SIMPLES no âmbito do Poder Judiciário, não vejo razão para a autoridade administrativa manifestar sobre o assunto, uma vez que a decisão judicial prevalecerá em qualquer circunstância. Na verdade, tal renúncia decorre de expressa disposição legal.

Este assunto da renúncia administrativa, mesmo que a medida judicial tenha sido intentada antes do Ato Administrativo, já foi tratado na Declaração de Voto do ilustre Conselheiro Marcos Vinicius Neder de Lima, referente ao Acórdão n° 202-09.261, que transcrevo a maior parte de suas assertivas:

> *"Não há dúvida que o ordenamento jurídico pátrio filiou o Brasil à jurisdição una, como se depreende do mandamento previsto no artigo 5°, inciso XXXV, da Carta Política de 1988, assim redigido: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito". Em decorrência, as matérias podem ser argüidas perante o Poder Judiciário a qualquer momento, independentemente da mesma matéria sub júdice ser posta ou não à apreciação dos órgãos julgadores administrativos.*
>
> *De fato, nenhum dispositivo legal ou princípio processual permite a discussão paralela da mesma matéria em instâncias diversas, sejam elas administrativas ou judiciais ou uma de cada natureza. Na sistemática constitucional, o ato administrativo está sujeito ao controle do Poder Judiciário, sendo este último, em relação ao primeiro, instância superior e autônoma. Superior, porque pode rever, para cassar ou anular, o ato administrativo. Autônoma, porque a parte não está obrigada a recorrer, antes, às instâncias administrativas, para ingressar em Juízo.*

Corroborando tal afirmativa, ensina-nos Seabra Fagundes, em sua obra "O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário".

"54. Quando o Poder Judiciário, pela natureza da sua função, é chamado a resolver situações contenciosas entre a Administração Pública e o indivíduo, tem o controle jurisdicional das atividades administrativas.

.....

55. O controle jurisdicional se exerce por uma intervenção do Poder Judiciário no processo de realização do direito. Os fenômenos executórios saem da alçada do Poder Executivo, devolvendo-se ao órgão jurisdicional.... A Administração não é mais órgão ativo do Estado. A demanda vem situá-la, diante do indivíduo, como parte, em condição de igualdade com ele. O judiciário resolve o conflito pela operação interpretativa e pratica também os atos consequentemente necessários a ultimar o processo executório. Há, portanto, duas fases, na operação executiva, realizada pelo Judiciário. Uma tipicamente jurisdicional, em que se constata e decide a contenda entre a administração e o indivíduo, outra formalmente jurisdicional, mas materialmente administrativa que é o da execução da sentença pela força. O Contencioso Administrativo, na verdade, tem como função primordial o controle da legalidade dos atos da Fazenda Pública, permitindo a revisão de seus próprios atos no âmbito do próprio Poder Executivo. Nessa situação, a Fazenda possui, ao mesmo tempo, a função de acusador e julgador, possibilitando aos sujeitos da relação tributária chegar a um consenso sobre a matéria em litígio, previamente ao exame pelo Poder Judiciário, visando basicamente evitar o posterior ingresso em Juízo.

Analisando o campo de atuação das Cortes Administrativas, Themistocles Brandão Cavalcanti, muito bem aborda a questão, a saber:"Em nosso regime jurídico administrativo existe uma categoria de órgãos de julgamento, de composição coletiva, cuja competência maior é o julgamento dos recursos hierárquicos nas instâncias administrativas.

A peculiaridade de sua constituição está na participação de pessoas estranhas aos quadros administrativos na sua composição sem que isto permita considerar-se como de natureza judicial. É que os elementos que integram estes órgãos coletivos são mais ou menos interessados nas controvérsias - contribuinte e funcionários fiscais.

Processo : 10880.010464/99-97
Acórdão : 202-13.227
Recurso : 116.300

Incluem-se, portanto, tais tribunais, entre os órgãos da administração, e as suas decisões são administrativas sob o ponto de vista formal. Não constituem, portanto, um sistema jurisdicional, mas são partes integrantes da administração julgando os seus próprios atos com a colaboração de particulares"

Pacífica também é a jurisprudência nessa matéria na Oitava Câmara do 1° Conselho de Contribuintes, no Acórdão n° 108-02.943, assim ementado:

> *"PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - NORMAS PROCESSUAIS - AÇÃO JUDICIAL E ADMINISTRATIVA CONCOMITANTES - IMPOSSIBILIDADE - A busca da tutela jurisdicional do Poder Judiciário, antes ou depois do lançamento "ex-officio", enseja renúncia ao litígio administrativo e impede a apreciação das razões de mérito, por parte da autoridade administrativa, tornando-se definitiva a exigência tributária nesta esfera."*

Ainda, temos decisão da Segunda Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, tratando da mesma matéria, no Recurso RP/201-0.360, proposto pela Fazenda Nacional, julgado em Sessão de 20 de fevereiro de 2001, tendo como Relator o mesmo Conselheiro citado anteriormente, onde resultou no Acórdão CSRF/02-01.103, que transcrevo:

> "PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - O ajuizamento de ação declaratória anterior ao procedimento fiscal importa em renúncia à apreciação da mesma matéria na esfera administrativa, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio da jurisdição una, estabelecido no artigo 5° inciso XXXV, da Carta Política de 1988. Recurso Especial provido."

No mesmo sentido a jurisprudência do STJ, como exemplo o entendimento do ilustre Ministro Antônio de Pádua Ribeiro no seu voto quando do julgamento do Recurso Especial 24.040-6-RJ , em 27 de setembro de 1995, cuja ementa transcrevo:

> "EMENTA: Tributário. Ação declaratória que antecede a autuação. Renúncia do poder de recorrer na via administrativa e desistência do recurso interposto.
> I - O ajuizamento da ação declaratória anteriormente à autuação impede o contribuinte de impugnar administrativamente a mesma autuação interpondo os

Processo : 10880.010464/99-97
Acórdão : 202-13.227
Recurso : 116.300

recursos cabíveis naquela esfera. Ao entender de forma diversa, o acórdão recorrido negou vigência ao artigo 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830, de 22.09.80.
II - Recurso Especial conhecido e provido."

Como demonstrado, a jurisprudência predominante no Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda e em nosso Tribunal Superior (STJ) vem corroborar com o entendimento defendido neste voto de haver renúncia na hipótese dos autos.

Mediante o exposto, e o que dos autos consta, voto no sentido de não se conhecer do recurso voluntário, por renuncia à esfera administrativa.

Sala das Sessões, em 30 de agosto de 2001

ADOLFO MONTELO