



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10880.010468/99-48
Acórdão : 202-13.450
Recurso : 116.289

Sessão : 08 de novembro de 2001
Recorrente : RIBEIRO E LUZ S/C LTDA.
Recorrida : DRJ em São Paulo - SP

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - EXISTÊNCIA DE AÇÃO JUDICIAL TRATANDO DE MATÉRIA IDÊNTICA ÀQUELA DISCUTIDA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO – A submissão da matéria ao crivo do Poder Judiciário, prévia ou posteriormente ao ato administrativo de lançamento, inibe o pronunciamento da autoridade julgadora administrativa sobre o mérito da incidência tributária em litígio. **Recurso não conhecido.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **RIBEIRO E LUZ 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 via administrativa.**

Sala das Sessões, em 08 de novembro de 2001


Marcos Vinicius Neder de Lima
Presidente


Ana Neyli Olimpio Holanda
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Adolfo Montelo, Antonio Carlos Bueno Ribeiro, Adriene Maria de Miranda (Suplente), Dalton Cesar Cordeiro de Miranda, Luiz Roberto Domingo e Eduardo da Rocha Schmidt.

opr/cf



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10880.010468/99-48
Acórdão : 202-13.450
Recurso : 116.289

Recorrente : RIBEIRO E LUZ S/C LTDA.

RELATÓRIO

Por bem descrever os fatos, adotamos o relatório da decisão recorrida, que passamos a transcrever:

"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. 20 e 21).

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. desenquadramento feito pela Secretaria da 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.

J



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10880.010468/99-48
Acórdão : 202-13.450
Recurso : 116.289

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

4. *É flagrante a inconstitucionalidade do art. 9º da Lei nº 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. 9º da Lei nº 9.317/1996 fere o art. 5º 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 9º, 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 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 Secretaria da Receita Federal já se manifestou através do Parecer Normativo nº 15, de 23/0/1983, em normatização dos Decretos-Leis nºs 1.790/1980 e 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% do imposto sobre os dividendos distribuídos aos sócios, devendo recolher 15%. Entretanto, atualmente, ao analisar o art. 9º da lei que introduziu o SIMPLES, considerando que manter a mesma interpretação do passado beneficiaria a escola em recolher menos impostos e contribuições, o*

J



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10880.010468/99-48
Acórdão : 202-13.450
Recurso : 116.289

entendimento é outro, ou seja, a escola é equiparada à profissão devidamente regulamentada de professor.

11. A requerente enquadra-se totalmente no item 5.3.2 do parecer da própria Receita Federal supra mencionado, inclusive obtendo receitas de outras rubricas, por esse motivo não deve ser equiparada à profissão regulamentada de professor, conforme equivocada interpretação da Receita Federal em face do art. 9º, da Lei nº 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 à inclusão no sistema SIMPLES de pagamento de impostos as escolas que mantêm 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 das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES seja de pronto cancelada, em função da atividade da empresa requerente não estar contida nas vedações impostas no artigo 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/1996."

A autoridade julgadora de primeira instância manifestou-se no sentido de manter a improcedência da Solicitação de Revisão da Vedação/Exclusão pelo SIMPLES – SRS, com a ratificação do Ato Declaratório expedido pela DRF em São Paulo-SP, sob o argumento de não serem as instâncias julgadoras administrativas o foro competente para discussão de inconstitucionalidade de leis, e que a atividade desenvolvida pela interessada, por assemelhar-se à de professor, seria impeditiva da opção pelo SIMPLES.

O sujeito passivo interpôs recurso voluntário, em que, no mérito, repisa os argumentos expendidos na impugnação, com a informação de que seria parte de ação judicial



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10880.010468/99-48
Acórdão : 202-13.450
Recurso : 116.289

impetrada pelo Sindicato das Entidades Culturais, Recreativas, de Assistência Social, Orientação e Formação Profissional no Estado de São Paulo (SINDILIVRE), junto à 22ª Vara da Seção Judiciária Federal em São Paulo-SP, cuja decisão singular foi favorável ao pedido (cópias de fls. 48/53). Ao final, pugna pela manutenção da sua inclusão no sistema de tributação simplificado, com a reforma da decisão *a quo*.

É o relatório. 



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10880.010468/99-48
Acórdão : 202-13.450
Recurso : 116.289

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA ANA NEYLE OLÍMPIO HOLANDA

O objeto do litígio posto à apreciação deste Colegiado é a exclusão da empresa do Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, com o indeferimento do seu Termo de Opção pelo SIMPLES, sob o argumento de exercício de atividade econômica não permitida para inclusão no Sistema de Tributação Simplificado.

Como relatado, a recorrente trouxe aos autos a alegação de que a matéria objeto deste processo administrativo foi colocada à apreciação judicial, através do Mandado de Segurança (Processo nº 97.008609-7), ajuizada junto à 22ª Vara da Seção Judiciária Federal de São Paulo, pelo SINDELIVRE – SINDICATO DAS ENTIDADES CULTURAIS, RECREATIVAS, DE ASSISTÊNCIA SOCIAL, DE ORIENTAÇÃO E FORMAÇÃO PROFISSIONAL NO ESTADO DE SÃO PAULO, ao qual a recorrente seria filiada, sendo abrangida pelas manifestações judiciais ali prolatadas.

Iterativas são as decisões deste Segundo Conselho de Contribuintes no sentido de que, *ex vi* do artigo 1º, § 2º, do Decreto-Lei nº 1.737/79, e do artigo 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830/80, o ajuizamento de ação, seja anterior ou posterior à constituição de ofício do crédito tributário, tratando da mesma matéria objeto da ação fiscal, configurar-se-á em inequívoca renúncia da discussão pela via administrativa.

Acepção que se confirma pelo pronunciamento da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do Recurso Especial nº 24.040/6 RJ, datado de 27/09/95, publicado no DJU em 16/10/95, em que foi Relator o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, que trata de ação declaratória que antecedeu a autuação fiscal, assim se pronunciou:

“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 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.”

O Contencioso Administrativo, no direito brasileiro, tem a finalidade primordial de exercer o controle da legalidade dos atos da Administração Pública, através da revisão dos mesmos, visando, basicamente, evitar um possível posterior ingresso em Juízo, com os ônus que



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10880.010468/99-48
Acórdão : 202-13.450
Recurso : 116.289

isso pode acarretar a ambas as partes. Assim, não é cabível às instâncias julgadoras administrativas adentrar no mérito de questão idêntica àquela posta ao conhecimento do Poder Judiciário, sob pena de se ter ferido o princípio da unidade da jurisdição, assente no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, salvo se houver manifestação anterior de matéria idêntica pelas Cortes Superiores, em observância ao disposto no Decreto nº 2.346, de 10/10/97, em seu artigo 1º.

Isto posto, não tomo conhecimento do recurso voluntário apresentado.

Sala das Sessões, em 08 de novembro de 2001

Ana Neyle Olimpio Holanda
ANA NEYLE OLÍMPIO HOLANDA