



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

PROCESSO Nº : 10860.000456/00-40
SESSÃO DE : 13 de agosto de 2003
ACÓRDÃO Nº : 302-35.691
RECURSO Nº : 124.924
RECORRENTE : ESCOLA DE EDUCAÇÃO INFANTIL E 1º GRAU JEAN
PIAGET S/C. LTDA.
RECORRIDA : DRJ/CAMPINAS/SP

SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE – SIMPLES

INCONSTITUCIONALIDADE - É vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação, em virtude de inconstitucionalidade, de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo em vigor, salvo nos casos especificados (art. 22-A do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, com a redação dada pela Portaria MF nº 103/2002).

EXCLUSÃO POR DÉBITOS JUNTO AO INSS.

Não pode optar pelo Simples a pessoa jurídica que tenha débito inscrito em Dívida Ativa da União ou do Instituto Nacional de Seguro Social – INSS, cuja exigibilidade não esteja suspensa.

CRECHES, PRÉ-ESCOLAS E ESTABELECIMENTO DE ENSINO FUNDAMENTAL

Podem permanecer no Simples as creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental que, até a edição da Lei nº 10.034/2000, não se encontravam definitivamente excluídas do sistema (art. 1º, § 3º, da IN SRF nº 115/2000), desde que obedecidos os demais requisitos legais, hipótese que não ocorreu nesses autos.

NEGADO PROVIMENTO POR MAIORIA

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Paulo Affonseca de Barros Faria Júnior, Adolfo Montelo e Simone Cristina Bissoto. O Conselheiro Adolfo Montelo fará declaração de voto.

Brasília-DF, em 13 de agosto de 2003

HENRIQUE PRADO MEGDA
Presidente

ELIZABETH EMÍLIO DE MORAES CHIERREGATTO
Relatora

07 NOV 2003

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: LUIS ANTONIO FLORA, MARIA HELENA COTTA CARDOZO e PAULO ROBERTO CUCO ANTUNES.

RECURSO Nº : 124.924
ACÓRDÃO Nº : 302-35.691
RECORRENTE : ESCOLA DE EDUCAÇÃO INFANTIL E 1º GRAU JEAN
PIAGET S/C. LTDA.
RECORRIDA : DRJ/CAMPINAS/SP
RELATOR(A) : ELIZABETH EMÍLIO DE MORAES CHIEREGATTO

RELATÓRIO

A empresa acima identificada recorre a este Conselho de Contribuintes, de decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campinas – São Paulo.

DA EXCLUSÃO DO SIMPLES

A interessada foi excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples, sob a alegação de “Pendência da empresa e/ou sócios junto ao INSS e Atividade Econômica não permitida para o Simples”, conforme Ato Declaratório nº 116.695, de 09 de janeiro de 1999 (fls. 39).

DA SOLICITAÇÃO DE REVISÃO DA EXCLUSÃO

Não consta dos autos o formulário de Solicitação de Revisão da Vedação/Exclusão à Opção pelo Simples – SRS.

DA MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE

Cientificada da exclusão em 1º de março de 1999, por meio de Edital (fls. 44/46), a Interessada solicitou, em 17/02/2000, por advogado regularmente constituído, a revisão do ato de sua exclusão do sistema Simples, apresentando sua Manifestação de Inconformidade (fls. 01/13), alegando, em síntese, que:

- 1) A matéria de que se trata é de ordem constitucional e legal, não podendo ser apreciada e decidida com base em dispositivos normativos infraconstitucionais e infralegais.
- 2) A Constituição Federal garante ao cidadão o direito de livre exercício de profissão bem como a constituição de empresas, sejam elas de qualquer porte.
- 3) Em seu art. 179, nossa Carta Maior garante, ademais, tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, assim definidas em lei.

RECURSO Nº : 124.924
ACÓRDÃO Nº : 302-35.691

- 4) A Lei nº 9.317/96 veio regular tal situação, dando as hipóteses e a forma para o exercício de tal prerrogativa constitucional. Contudo, na parte que estabelece condições qualitativas e não apenas quantitativas para opção pelo regime diferenciado, exorbitou a disposição constitucional.
- 5) Assim, a mesma está eivada de inconstitucionalidades, principalmente no que se refere aos “critérios qualitativos e não quantitativos estabelecidos” e à “quebra de tratamento isonômico face ao princípio da igualdade tributária”.
- 6) Em momento algum o Constituinte delegou ao legislador comum o poder de fixação ou até mesmo de definição das atividades “excluídas” do benefício. Portanto, não poderia e nem pode o art. 9º da Lei nº 9.317/96 inserir no seu texto os incisos III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XVIII. (Cita entendimento de Ives Gandra da Silva Martins, segundo o qual, basicamente, “dentro do princípio da razoabilidade, qualquer discriminação qualitativa macula o texto constitucional, se feita por lei ordinária, uma vez que, no que concerne à matéria tributária, a definição deveria ser veiculada por lei complementar” – fl. 05/07).
- 7) Quanto à quebra do tratamento isonômico face ao princípio da igualdade tributária, transcreve o art. 150 e inciso II da CF e manifestações de doutrinadores sobre a matéria, concluindo que a discriminação tributária em virtude da atividade exercida pela empresa é manifestamente inconstitucional.
- 8) Além das “inconstitucionalidades” apontadas, destaca que há que se considerar que a atividade empresarial exercida pela prestadora de serviços educacionais é muito mais ampla que a desenvolvida pelo professor ou assemelhado, esta sim absurda e inconstitucionalmente “vedada” pela legislação ordinária.
- 9) Salienta, outrossim, que a atividade da escola não é assemelhada à de professor porque, para o exercício da primeira, é indispensável a contratação de professores, bem como de pessoal de limpeza e manutenção, bibliotecários, equipe técnico-administrativa, pedagogos, psicólogos, seguranças, entre outros. Ressalta que, para exercer sua

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDACÂMARA

RECURSO Nº : 124.924
ACÓRDÃO Nº : 302-35.691

atividade, a escola necessita um complexo de instalações, de insumos, de valores, às vezes mais expressivos que o custo da mão-de-obra do professor. Transcreve legislação pertinente à matéria, procurando demonstrar as diferenças entre a atividade escola e a do professor e comprovar, assim, que as escolas não estão abrigadas na vedação do art. 9º da Lei.

- 10) Transcreve emenda do Acórdão 104-9.223, segundo o qual foi dado provimento a apelo semelhante ao aqui tratado, desde que preenchidos os requisitos do Estatuto da Microempresa - Lei nº 7.256/84.
- 11) Insiste em que as disposições contidas no art. 9º da Lei nº 9.317/96 são no sentido de vedar a possibilidade de que profissionais, no exercício de suas profissões, venham a criar uma pessoa jurídica para que as mesmas sejam exercidas, beneficiando-se do denominado "SIMPLES".
- 12) Conclui que a Entidade Mantenedora Educacional não é uma sociedade de profissionais para o exercício da profissão de professor, mas uma sociedade entre empresários, sem exigência de qualificação profissional, livre para contratar profissionais devidamente qualificados e habilitados para o exercício de suas profissões.
- 13) Finaliza pugnando pelo provimento da Manifestação de Inconformidade apresentada, considerando a Interessada como regularmente inscrita no sistema Simples, tornando sem efeito o Ato Declaratório lavrado.

DO DESPACHO DECISÓRIO PROFERIDO PELA DRF EM
TAUBATÉ

Às fls. 48/50 consta o despacho decisório proferido pela DRF em Taubaté, segundo o qual não se deu seguimento à manifestação de inconformidade apresentada, por intempestiva, ficando ratificada a exclusão de ofício efetuada. Salientou-se, contudo, que a empresa poderia vir a fazer nova opção pelo Simples, uma vez que a atividade desenvolvida pela mesma foi excetuada das vedações a partir de 25/10/2000, com a publicação da Lei nº 10.034, submetendo-se aos termos estipulados na Lei nº 9.317/96, e desde que atendidos os demais requisitos legais. Destacou-se, ademais, que a Interessada deveria observar as normas de escrituração, apuração de resultado e de pagamento do Imposto de Renda a que estão sujeitas as demais pessoas jurídicas, a partir da data de exclusão (1º/03/99).

RECURSO Nº : 124.924
ACÓRDÃO Nº : 302-35.691

DA NOVA IMPUGNAÇÃO

Tendo tomado ciência do despacho decisório em 03/12/01 (fl. 51-v), Colégio Jean Piaget S/C Ltda. apresentou, tempestivamente, a impugnação de fls. 53/65, requerendo sua remessa à Delegacia da Receita Federal Especializada em Julgamentos. Preliminarmente, com base no AR à fl. 66, comprovou que a Manifestação de Inconformidade (Impugnação) apresentada não foi intempestiva, alegando que recebeu o Ato Declaratório nº 116.695, datado de 09 de janeiro de 1999, somente em 22 de abril do mesmo ano, tendo encaminhado citada Manifestação à DRF em Taubaté em 29 de abril de 1999. No mérito, repisou *in totum* as razões apresentadas inicialmente. Pugnou pela procedência e provimento da defesa apresentada.

DO ACÓRDÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Em 07 de março de 2002, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campinas/SP manteve a exclusão da empresa do Simples, exarando o Acórdão DRJ/CPS Nº 639 (fls. 68/74), assim ementado:

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

Ano-calendário: 1999

Ementa: CONSTITUCIONALIDADE. As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade.

ESCOLA. EXCLUSÃO. Antes da promulgação da Lei nº 10.034, de 24 de outubro de 2000, as pessoas jurídicas cujo objeto social englobava a exploração do ramo de ensino em geral, mesmo de ensino fundamental, estavam impedidas de opção ao Simples.

DÉBITO COM O INSS. EXCLUSÃO. As pessoas jurídicas com débitos junto ao INSS, cuja exigibilidade não esteja suspensa, estão vedadas de optar pelo Simples.

Solicitação indeferida.”



RECURSO Nº : 124.924
ACÓRDÃO Nº : 302-35.691

DO RECURSO AO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Cientificada da decisão de Primeira Instância em 22 de abril de 2002, a interessada apresentou, em 20 de maio do mesmo exercício, portanto tempestivamente, o recurso de fls. 78/92, alegando, em síntese, que:

- 1) Preliminarmente, refutou o argumento da decisão recorrida de que não cabe à esfera administrativa a discussão sobre a constitucionalidade de texto legal, argumentando que o inciso LV do art. 5º da CF assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e a ampla defesa. Destaca que este direito é amplo, não dando espaço a alegações referentes à separação de poderes e subordinação hierárquica. Transcreve entendimento de Marçal Justen Filho sobre a matéria (fls. 80/82). Reitera, assim, as razões de ordem constitucional apresentadas anteriormente.
- 2) Quanto às demais matérias ("inconstitucionalidades" da Lei nº 9.317/96, quebra do tratamento isonômico/princípio da igualdade tributária e não semelhança entre a atividade escola e a atividade do professor), transcreveu os argumentos constantes das defesas exordiaes.
- 3) Concluiu pugnando pela procedência do recurso interposto.

O processo foi distribuído a esta Conselheira, numerado até as fls. 94 (última), que trata do trâmite dos autos no âmbito deste Conselho.

É o relatório.



RECURSO N° : 124.924
ACÓRDÃO N° : 302-35.691

VOTO

O recurso é tempestivo, portanto merece ser conhecido.

Trata o presente processo, de exclusão de empresa, em 1999 (fl. 39), do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples, com base no art. 9º, incisos XIII e XV, da Lei nº 9.317/96, tendo em vista a existência de pendências da empresa e/ou sócios junto ao INSS e a atividade econômica desenvolvida, qual seja, educação pré-escolar para crianças normais e excepcionais visando a integração do menor na sociedade (contrato social – fl. 16/18), nos termos do Ato Declaratório nº 116.695, de 09/01/99 (fl. 39).

A interessada, em suas duas primeiras defesas (Manifestação de Inconformidade/ Impugnação), apresentou argumentos: (a) procurando comprovar que a matéria de que se trata é de ordem constitucional e legal, não podendo ser apreciada e decidida com base em dispositivos normativos infraconstitucionais e infralegais, sendo que a CF garante ao cidadão o livre exercício de profissão e a constituição de empresas e, em seu art. 179, garante às microempresas e empresas de pequeno porte tratamento jurídico diferenciado; (b) indicando “inconstitucionalidades” da Lei nº 9.317/96, no que se refere ao estabelecimento de critérios qualitativos e não quantitativos para a definição de micro empresas e empresas de pequeno porte e à quebra do tratamento isonômico por meio de “vedações”, face ao princípio da igualdade tributária; (c) apontando que a atividade escola não pode ser equiparada à de professor e que os Sócios/ Mantenedores da prestadora de serviços educacionais não precisam possuir qualquer habilitação profissional, não podendo, portanto, serem considerados assemelhados a professores.

Por ocasião do recurso, a requerente trouxe a este Conselho de Contribuintes a mesma peça apresentada quando de suas manifestações de inconformidade, no que se refere ao mérito do litígio, acrescentando apenas argumentos novos com referência à não apreciação, pelas autoridades administrativas, de arguição de inconstitucionalidade de textos legais.

Quanto às “inconstitucionalidades” da Lei nº 9.317/96, transcrevo excerto do voto proferido pela D. Conselheira Maria Helena Cotta Cardozo, com referência ao Recurso nº 125.096, Acórdão nº 302-35.553:

“Esclareça-se, de plano, que a discussão sobre a suposta inconstitucionalidade de leis ou atos normativos está reservada ao Poder Judiciário, conforme disposição da própria Constituição

RECURSO N° : 124.924
ACÓRDÃO N° : 302-35.691

Federal, em seu art. 102, inciso I, alínea "a", que trata do controle concentrado de constitucionalidade, sem prejuízo do controle difuso, que pode ser exercido por qualquer juiz.

Nesse passo, convém trazer à colação o art. 5º da Portaria MF nº 103/2002, que inseriu o art. 22-A no Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes (Portaria MF nº 55/98 - Anexo II):

"Art. 22-A. No julgamento de recurso voluntário, de ofício ou especial, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação, em virtude de inconstitucionalidade, de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo em vigor.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta, após a publicação da decisão, ou pela via incidental, após a publicação da Resolução do Senado Federal que suspender a execução do ato;

II - objeto de decisão proferida em caso concreto cuja extensão dos efeitos jurídicos tenha sido autorizada pelo Presidente da República;

III - que embasem a exigência de crédito tributário:

a) cuja constituição tenha sido dispensada por ato do Secretário da Receita Federal; ou

b) objeto de determinação, pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, de desistência de ação de execução fiscal."

No caso em questão, não constam dos autos elementos que logrem atender a qualquer das hipóteses acima, portanto os atos legais que sustentaram a exclusão em tela, até o momento, gozam de presunção de constitucionalidade, descartando-se qualquer possibilidade de negar-se-lhes vigência."

Em assim sendo, rejeita-se a preliminar de inconstitucionalidade, argüida pela Recorrente.

EMCA

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
SEGUNDACÂMARA

RECURSO N° : 124.924
ACÓRDÃO N° : 302-35.691

No mérito, a empresa foi excluída do Simples por dois motivos: pendências da empresa e/ou sócios junto ao INSS e atividade econômica não permitida para o Simples.

Quanto ao exercício de atividade econômica de educação pré-escolar, a mesma deixou de ser motivo de vedação à opção pelo SIMPLES. Com referência a esta matéria, adoto o entendimento exposto pela D. Conselheira Maria Helena Cotta Cardozo no julgamento do Recurso nº 125.117, transcrevendo excerto do voto ali proferido:

“... a Lei nº 10.034, de 24/10/2000, trazida à colação por ocasião do recurso, determinou, verbis:

“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.”

Posteriormente, a Instrução Normativa SRF nº 115, de 27/12/2000, estabeleceu:

“Art.1º As pessoas jurídicas que se dediquem às atividades de creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental poderão optar pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES.

.....
§ 3º Fica assegurada a permanência no sistema das pessoas jurídicas, mencionadas no caput, que tenham efetuado a opção pelo SIMPLES anteriormente a 25 de outubro de 2000 e não foram excluídas de ofício ou, se excluídas, os efeitos da exclusão ocorreriam após a edição da Lei nº 10.034, de 2000, desde que atendidos os demais requisitos legais.”

Os dispositivos retro ensejam duas conclusões diretas, a saber:

a) a partir de 25/10/2000, todas as empresas do ramo de atividades especificadas no artigo 1º da Lei nº 10.034/2000, que ainda não tivessem optado pelo Simples, poderiam fazê-lo, desde que atendidos os demais requisitos legais;

ENCA

RECURSO Nº : 124.924
ACÓRDÃO Nº : 302-35.691

b) as empresas que exerciam as atividades especificadas no artigo 1º da Lei nº 10.034/2000, que até 25/10/2000 estavam proibidas de optar pelo Simples, porém mesmo assim efetuaram a opção e escaparam da vigilância da Secretaria da Receita Federal, não sendo excluídas de ofício, podem permanecer no Simples, desde que atendidos os demais requisitos legais.

Não obstante, o § 3º, acima transcrito, abriga mais uma hipótese de manutenção no Simples, abrangendo as empresas que se encontravam na mesma situação das citadas no item “b”, porém não tiveram a mesma sorte que aquelas, e foram excluídas de ofício do Simples. Trata-se das empresas que:

“... se excluídas, os efeitos da exclusão ocorreriam após a edição da Lei nº 10.034, de 2000, desde que atendidos os demais requisitos legais.”

Resta perquirir sobre a abrangência do texto acima, o que requer a aplicação dos princípios de hermenêutica e, acima de tudo, da lógica e coerência, para que seja cumprida a finalidade da norma (aspecto teleológico).

Trata-se de delimitar o sentido da expressão “... os efeitos da exclusão ocorreriam após a edição da Lei nº 10.034, de 2000..”

Sobre os efeitos da exclusão do Simples, os artigos 14 e 15 da Lei nº 9.317/96, com as alterações da Lei nº 9.732/98, estatuíram, verbis:

“Art. 14. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:

.....
Art. 15. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 surtirá efeito:

.....
II - a partir do mês subsequente àquele em que se proceder à exclusão, ainda que de ofício, em virtude de constatação de situação excludente prevista nos incisos III a XVIII do art. 9º;”

Claro está que o termo de início do efeito da exclusão, conforme o artigo 15, acima, diz respeito ao efeito imediato, conectado à exclusão definitiva. Isto porque a Lei nº 9.317/96, em sua redação original, não admitia discussão acerca das exclusões do Simples, operadas pela autoridade administrativa.

RECURSO Nº : 124.924
ACÓRDÃO Nº : 302-35.691

Com o advento da Lei nº 9.732/98, que adicionou o § 3º ao art. 15 da Lei nº 9.317/96, foi assegurado ao contribuinte, nos casos de exclusão de ofício do Simples, o direito ao contraditório e à ampla defesa, conforme o rito do Decreto nº 70.235/72.

Assim, embora o art. 15 da Lei nº 9.317/96 continue determinando que a exclusão de ofício surte efeitos a partir do mês seguinte à sua ocorrência, fica implícito que a exclusão não é definitiva, nem os seus efeitos imediatos, posto que ao contribuinte é dado discutir o ato administrativo dentro do devido processo legal e, enquanto a discussão perdurar, os efeitos da exclusão não se operam na realidade fática.

Ressalte-se que a administração tributária, ao invés de optar pela aplicação do Decreto nº 70.235/72 às exclusões do Simples, poderia ter apenas possibilitado o questionamento por parte do contribuinte, sem, contudo admitir a suspensão da exigibilidade dos seus efeitos, como está previsto no art. 151, inciso III, do CTN.

Retomando-se a questão da interpretação da parte final do § 3º, do art. 1º, da IN SRF nº 115/2000, cabe a indagação sobre o sentido da expressão "...os efeitos da exclusão ocorreriam após a edição da Lei nº 10.034, de 2000...".

Nesse aspecto, é necessário que se faça a distinção entre os efeitos que se operam concretamente na realidade fática (gerados pela exclusão definitiva), e aqueles que, embora vigorando in abstrato desde o momento da exclusão, a sua exigibilidade permanece suspensa, por força de processo administrativo fiscal pendente de julgamento.

Uma interpretação precipitada poderia fazer supor que o texto da instrução normativa que aqui se analisa diz respeito aos dois tipos de efeitos. Nesse caso, as empresas excluídas antes de outubro de 2000, cujos efeitos da exclusão se encontrassem suspensos por força de impugnação, não poderiam permanecer no Simples.

Se fosse esta a intenção do legislador, a instrução normativa em tela estaria adotando uma postura incompatível com os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa, da presunção de inocência e do devido processo legal, posto que estaria presumindo ocorrido um efeito cuja própria causa se encontraria ainda sub judice. Por outro lado, a permissão para permanência no Simples seria tão restrita, que a norma teria simplesmente determinado:

RECURSO N° : 124.924
ACÓRDÃO N° : 302-35.691

Fica assegurada a permanência no sistema das pessoas jurídicas, mencionadas no caput, que tenham efetuado a opção pelo SIMPLES anteriormente a 25 de outubro de 2000 e não foram excluídas de ofício, ou cuja exclusão de ofício tenha ocorrido de 1º a 24 de outubro de 2000, desde que atendidos os demais requisitos legais.

Isto porque, tendo sido a Lei nº 10.034 editada em 25/10/2000, e levando-se em conta que os efeitos da exclusão (in concreto e potenciais) se operam no mês seguinte à ciência do respectivo Ato Declaratório, todas as exclusões anteriores a outubro de 2000, inclusive aquelas efetuadas em setembro de 2000, teriam seus efeitos ocorridos antes da edição da citada lei, portanto as respectivas empresas não poderiam permanecer no Simples.

Destarte, analisando-se a redação da parte final do § 3º, do art. 1º, da IN SRF 115/2000, em face da possibilidade de aplicação do rito do processo administrativo fiscal às exclusões do Simples, a conclusão é de que o verbo "ocorrer" não se refere à ocorrência em potencial, suspensa a sua execução pelo devido processo legal, mas sim à ocorrência de fato, assim entendida aquela que opera transformações na realidade fática.

Tal interpretação vai ao encontro da finalidade da norma que é, em última análise, a prática da justiça, já que equipara as empresas optantes pelo Simples excluídas de ofício, com aquelas que, estando na mesma situação, não foram alvo da autoridade fiscal.

Concluindo, a empresa em tela pode ser mantida no Simples, já que, tendo sido excluída de ofício do sistema em 1999, e estando o processo de impugnação ainda pendente de julgamento, os efeitos concretos da exclusão, caso o resultado lhe fosse desfavorável, só se operariam no mundo fático após a edição da Lei nº 10.034/2000.

Vale lembrar que a IN SRF nº 115/2000 foi revogada pela IN SRF nº 34/2000, porém sem interrupção de sua força normativa (art. 42).

Contudo, como relatado, duas foram as causas que levaram a empresa a ser excluída do Simples: atividade exercida e pendências junto ao INSS.

A Interessada apenas se insurgiu, nas defesas apresentadas, contra a exclusão decorrente da atividade exercida, nada alegando quanto às pendências junto ao INSS. Também nada comprovou a esse respeito, no sentido de que as mesmas não existiriam ou estariam com exigibilidade suspensa.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDACÂMARA

RECURSO Nº : 124.924
ACÓRDÃO Nº : 302-35.691

Este fato, por si só, justifica a manutenção de sua exclusão do Simples, uma vez que não foi criado o contraditório em relação ao mesmo, com a tácita aceitação da existência da indicada pendência, ou seja, não foram atendidos todos os requisitos legais para manutenção da empresa no Sistema.

Pelo exposto e por tudo o mais que do processo consta, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO.

Sala das Sessões, 13 de agosto de 2003



ELIZABETH EMÍLIO DE MORAES CHIEREGATTO – Relatora

RECURSO N° : 124.924
ACÓRDÃO N° : 302-35.691

DECLARAÇÃO DE VOTO

O recurso é tempestivo e dele tomo conhecimento.

Como relatado, a matéria em exame, refere-se à inconformidade da Recorrente devido a sua exclusão da sistemática de pagamento dos tributos e contribuições denominada SIMPLES, com base no inciso XIII, artigo 9º ao 16 da Lei 9.317, de 05 de dezembro de 1996, com as alterações promovidas pela Lei 9.732, de 11 de dezembro de 1998, e de acordo com a IN – SRF N° 74, de 24 de dezembro de 1996.

A exclusão motivada no Ato Declaratório nº 116.695, de 09 de janeiro de 1999 (fl. 39), foi genérica, não constando os artigos e incisos da base legal quanto aos eventos: a) Pendências da empresa e/ou sócios junto ao INSS e b) Atividade Econômica não permitida para o Simples.

Em que pese o brilhante voto da Conselheira Relatora, no meu entender a decisão de primeiro grau merece ser reformada quanto ao seu mérito, como passo a expor.

Primeiramente, quanto ao pedido efetuado pelo advogado, patrono da ação, para que seja notificado do julgamento, para fins de sustentação oral, não lhe assiste razão, pois, com a publicação do edital no Diário Oficial da União, contendo a data e hora do julgamento, suprida está qualquer citação pessoal.

È de se afastar os argumentos deduzidos pela ora recorrente, no sentido de que a vedação imposta pelo artigo 9º da Lei n.º 9.317/96 fere princípios constitucionais vigentes em nossa carta magna.

Este Colegiado tem, reiteradamente, entendido que não é foro ou instância competente para a discussão da constitucionalidade das leis.

A discussão sobre os procedimentos adotados por determinação da Lei n.º 9.317/96 ou sobre a própria constitucionalidade da norma legal refoge à órbita da Administração, para se inserir na esfera da estrita competência do Poder Judiciário.

Cabe ao Órgão Administrativo, tão-somente, aplicar a legislação em vigor, como já salientado pela autoridade de primeira instância em sua decisão.



RECURSO Nº : 124.924
ACÓRDÃO Nº : 302-35.691

Quanto ao mérito, passo à apreciação do um dos motivos ensejadores da exclusão, qual seja **‘pendência da empresa e/ou sócios junto ao INSS’**, do qual a recorrente nem ao menos se defendeu.

É evidente que não poderia se defender de tal afirmação pela Administração Tributária, visto que o Ato Declaratório é falho, senão vejamos.

O inciso XV do artigo 9º da Lei nº 9.317/6, base legal que veda a opção ao Simples e que serviu de suporte para o Ato Declaratório, tem a seguinte redação:

“Art. 9º - Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica: XV – que tenha débito inscrito em Dívida Ativa da União ou do Instituto Nacional do Seguro Social –INSS, cuja exigibilidade não esteja suspensa;”

Impõe-se, assim, verificar a conformidade entre a base legal citada e aquele evento que constou do Ato Declaratório (Administrativo) que motivou a presente contenda. De plano verifica-se a imprecisão do motivo ali descrito **“Pendências da Empresa e/ou Sócios junto Ao INSS”**.

A recorrente teria melhores condições de se defender caso tivesse constado do ato: **“débitos inscritos em Dívida Ativa do Instituto Nacional do Seguro Social, cuja exigibilidade não esteja suspensa”** e juntado as provas necessárias com a informação dos débitos pendentes esclarecendo se as responsabilidades da pessoa jurídica e das pessoas físicas, com indicação dos números de inscrição, valores e espécie de tributos exigidos.

É por demais sabido que o princípio da legalidade é fundamental na função administrativa.

Os atos administrativos podem ser emanados em relação de absoluta conformidade com a lei. O saudoso Hely Lopes Meirelles¹, assim se posiciona:

“Poder vinculado ou regrado é aquele que o Direito Positivo - a lei – confere à Administração Pública para a prática de ato de sua competência, determinando os elementos e requisitos necessários à sua formalização.

Nesses atos, a norma legal condiciona sua expedição aos dados constantes de seu texto. Daí se dizer que tais atos são **vinculados ou regradados**, significando que, na sua prática, o agente público fica

¹ Hely Lopes Meirelles, em *Direito Administrativo Brasileiro*, 22ª ed, p. 101.

RECURSO Nº : 124.924
ACÓRDÃO Nº : 302-35.691

inteiramente preso ao enunciado da lei, em todas as suas especificações. Nessa categoria de atos administrativos a liberdade de ação do administrador é mínima, pois terá de se ater à enumeração minuciosa do Direito Positivo para realiza-los eficazmente. Deixando de atender a qualquer dado expresso na lei, o ato é nulo, por desvinculado de seu tipo-padrão.

O princípio da legalidade impõe que o agente público observe, fielmente, todos os requisitos expressos na lei. Como da essência do ato vinculado. O seu poder administrativo restringe-se, em tais casos, ao de praticar o ato, mas o de praticar com todas as minúcias especificadas na lei. Omitindo-as ou diversificando-as na sua substância, nos motivos, na finalidade, no tempo, na forma ou no modo indicados, o ato é inválido.”

Ao tratar da verdade material, Luiz Henrique Barros de Arruda², nos traz os ensinamentos:

“Contrariamente ao que se dá, em regra, no processo judicial civil, em que prevalece o princípio da verdade formal (art. 128 do CPF), no processo administrativo, não só é facultado ao reclamante, após a fase inaugural, levar aos autos novas provas, como é dever da autoridade administrativa atentar para todas as provas e fatos de que tenha conhecimento, ou mesmo determinar a produção de provas, trazendo-as aos autos, quando sejam capazes de influenciar na decisão.”

Ainda, temos *in* Vocabulário Jurídico, que De Plácido e Silva³, ao tratar da prova concludente, afirma:

“PROVA CONCLUDENTE. É aquela que se conclui ou resulta da demonstração do *fato afirmado*, em virtude do que se evidencia clara, precisa, inequívoca ou verificada a *existência* do fato que se alegou ou se afirmou.

Nesta razão, pela *força*, do que se mostra (provou), é produzida a *convicção* acerca da *afirmação* do fato, que fundava o tema *probatório*.

Concludente aí, pois, exprime bem *convincente*, isto é, que esclarece amplamente o ponto da controvérsia, confirmando a existência do fato alegado.”

² Processo Administrativo Fiscal, Manual, 2ª Edição, ps. 5, Ed. Resenha, SP, Abril/94.

³ Vocabulário Jurídico, De Plácido e Silva, 17ª ed. p. 657, Atualizadores: Nagib Salaib Filho e Geraldo Magela Alves, Ed. forense.

RECURSO N° : 124.924
ACÓRDÃO N° : 302-35.691

Em se tratando de um ato administrativo vinculado, no qual a observância do critério da legalidade é estrita, impondo o estabelecimento de nexos entre o resultado do ato e a norma jurídica concreta, não é admissível que a administração, na presença de indícios de uma possível ocorrência de fato impeditivo à opção pelo SIMPLES, de pronto determine a exclusão da contribuinte, transferindo-lhe o ônus de provar a inexistência do que se suspeita.

Entendo que há vício na motivação do Ato Declaratório (administrativo), porque faltou informações sobre os débitos alegados e dele não constou corretamente o dispositivo constante do inciso XV, art. 9º da Lei n. 9.317/96.

Quanto ao segundo motivo ‘Atividade Econômica não permitida para o Simples, constata-se pela primeira alteração contratual em sua cláusula Segunda (fl.25/26), que a atividade da recorrente consiste em: ‘... ministrar educação pré-escolar e de 1º grau, para crianças normais e excepcionais, ...’

Portanto, é de entender que a recorrente pode continuar na condição de optante à sistemática do Simples, visto que a Secretaria da Receita Federal, por intermédio da edição da Instrução Normativa SRF n.º 115, de 27 de dezembro de 2000, em seu artigo 1º, § 3º, dispôs que:

“Art. 1º As pessoas jurídicas que se dediquem às atividades de creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental poderão optar pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES.

...

§ 3º Fica assegurada a permanência no sistema de pessoas jurídicas, mencionadas no caput, que tenham efetuado a opção pelo SIMPLES anteriormente a 25 de outubro de 2000 e não foram excluídas de ofício ou, se excluídas, os efeitos da exclusão ocorreriam após a edição da Lei nº 10.034, de 2000, desde que atendidos os demais requisitos legais.”

Como visto, a Instrução Normativa em parte acima transcrita possibilita a opção ao SIMPLES para as pessoas jurídicas que exerçam as atividades de creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental.

O ato declaratório normativo assume, no caso concreto e no conceito dos atos que integram a legislação tributária (art. 96, CTN), o caráter de norma complementar (art. 100, I, do CTN) ao disposto no artigo 1º, da Lei n.º 10.034/2000, publicada no *Diário Oficial* da União de 25 de outubro de 2000, *verbis*:

