



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
PRIMEIRA CÂMARA

Processo n° : 10875.005578/2003-78  
Recurso n° : 131.113  
Acórdão n° : 301-32.372  
Sessão de : 08 de dezembro de 2005  
Recorrente : ORGANIZAÇÃO SUZANENSE DE EDUCAÇÃO E CULTURA  
Recorrida : DRJ/CAMPINAS/SP

SIMPLES INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI - COMPETÊNCIA DAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS. Às instâncias administrativas não competem apreciar vícios de inconstitucionalidade das normas tributárias, cabendo-lhes apenas dar fiel cumprimento à legislação vigente

SIMPLES. ATO DECLARATÓRIO. MOTIVAÇÃO INVÁLIDA. NULIDADE. O ato administrativo que determina a exclusão da opção pelo SIMPLES, por se tratar de um ato vinculado, está sujeito à observância estrita do critério da legalidade, impondo o estabelecimento de nexos entre o motivo do ato e a norma jurídica, sob pena de sua nulidade.


PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE. São nulos os atos proferidos com preterição do direito de defesa. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade.

PROCESSO QUE SE ANULA A PARTIR DO ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, anular o processo *ab initio*, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

  
OTACÍLIO DANTAS CARTAXO  
Presidente

  
IRENE SOUZA DA TRINDADE TORRES  
Relatora

Formalizado em: **23 FEV 2006**

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: José Luiz Novo Rossari, Luiz Roberto Domingo, Valmar Fonsêca de Menezes, Atalina Rodrigues Alves, Susy Gomes Hoffmann e Carlos Henrique Klaser Filho. Esteve presente o Procurador da Fazenda Nacional Rubens Carlos Vieira.

Processo nº : 10875.005578/2003-78  
Acórdão nº : 301-32.372

## RELATÓRIO

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, o qual passo a transcrever:

*“Trata o processo de exclusão da sistemática do Simples, por meio do Ato Declaratório 164.869 (fl.67), de 9 de janeiro de 1999, em virtude de a contribuinte exercer atividade econômica não permitida (prestação de serviços profissionais de professor e assemelhados).*

*2. A interessada apresentou a Solicitação de Revisão da exclusão do Simples (SRS), acompanhada de arrazoado (fls. 30/42). Tal SRS foi indeferida, por decisão datada de 24/05/99 (verso de fl. 30 e fl. 31), sob a fundamentação de que a atividade desempenhada enquadra-se na vedação do art. 9º, inciso XIII, da Lei 9.317, de 1996, que impede a opção para empresa que exercer atividade assemelhada à de professor, ou qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional.*

*3. Em 01/10/99, a contribuinte apresentou a manifestação de fls. 2/3, alegando que caberia a Delegacia de Julgamento apreciar as razões de seu inconformismo (que havia sido juntado à SRS), cuja cópia juntou-se às fls. 5/15. Tais razões de contestação, basicamente, se assentam nas alegações de inconstitucionalidade do art. 9º da Lei 9.317/96, bem como, na afirmação de que “não se trata de atividade de “professor ou assemelhado” e, tão pouco, de qualquer outra profissão cujo exercício dependa da habilitação profissional legalmente exigida .”.*

*4. O Secat da DRF Guarulhos, não tendo localizado o AR relativo à comunicação da decisão da SRS, entendeu por bem considerar tempestiva a manifestação de inconformidade apresentada em 01/10/99, e, por conseguinte, remeteu os autos a esta DRJ, para prosseguimento (fls. 1 e 76).”*

A DRJ-Campinas/SP indeferiu o pedido da reclamante(fl. 77/82), nos termos da ementa transcrita adiante:

*“Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples  
Ano-calendário: 1999  
Ementa: Constitucionalidade.*

Processo nº : 10875.005578/2003-78  
Acórdão nº : 301-32.372

*As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de argüições de inconstitucionalidade e ilegalidade. Estabelecimento de Ensino. Opção.*

*As pessoas jurídicas cuja atividade seja de ensino ou treinamento - tais como auto-escola, escola de dança, instrução de natação, ensino de idiomas estrangeiros, ensino de segundo grau, e até 24/10/2000 o ensino pré-escolar e de primeiro grau -, por assemelhar-se à de professor, estão impedidas de optar pelo Simples.*

*Solicitação Indeferida”*

Irresignada, a reclamante apresentou recurso voluntário a este Colegiado (fls. 46/50), onde alega, em suma, que, embora conste das Notas Fiscais emitidas pela empresa (fls. 16/34) as palavras “assessoria” e “consultoria”, tais atividades sempre se resumiram tão somente a serviços de processamento de dados. Afirmo que o uso daquelas expressões se deu de forma errônea, tanto que, a partir de 2001 passou a utilizar a expressão correta nas NF.

Pede, ao final, pela improcedência da decisão *a quo*.

É o relatório.

Processo nº : 10875.005578/2003-78  
Acórdão nº : 301-32.372

## VOTO

Conselheira Irene Souza da Trindade Torres, Relatora

O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade, razões pelas quais dele conheço.

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 prestadora de serviços educacionais de ensino médio e serviço de professor.

Passo, agora, à análise das questões suscitadas:

### DA APRECIACÃO 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.

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

Processo nº : 10875.005578/2003-78  
Acórdão nº : 301-32.372

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 VALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO DE EXCLUSÃO

Insurge-se a recorrente contra decisão da DRJ/Campinas/SP, a qual indeferiu seu pedido de permanência no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte, em razão de exercer **atividade econômica não permitida a optar pelo SIMPLES** conforme consta do Ato Declaratório de exclusão nº 164.869 juntado à fl. 48 dos autos.

Essa matéria foi muito bem enfrentada pela eminente Conselheira Atalina Rodrigues Alves, por ocasião do julgamento do Recurso nº 125.210, que, pela similitude, adoto como razões de decidir, transcrevendo os excertos seguintes:

*“Tendo em vista que no presente processo a lide surge com a manifestação de inconformidade da interessada em relação ao Ato*

*Declaratório nº 15.228/1999, que declarou sua exclusão do SIMPLES por motivo de "atividade econômica não permitida para o SIMPLES", cumpre-nos, preliminarmente, examinar a validade do referido ato.*

*Na lição do Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, na obra "Elementos do Direito Administrativo", Ed. Revista dos Tribunais, 1980, página 39, "o ato administrativo é válido quando foi expedido em absoluta conformidade com as exigências do sistema normativo. Vale dizer, quando se encontra adequado aos requisitos estabelecidos pela ordem jurídica. Validade, por isto, é a adequação do ato às exigências normativas".*

*Sendo o ato declaratório de exclusão um ato administrativo vinculado, visto que a lei instituidora do SIMPLES estabelece os requisitos e condições de sua realização, para produzir efeitos válidos é indispensável que atenda a todos os requisitos previstos na lei. Desatendido qualquer requisito, o ato torna-se passível de anulação, pela própria Administração ou pelo Judiciário.*

*Dentre os requisitos do ato que declara a exclusão da pessoa jurídica do SIMPLES, destaca-se o pressuposto de fato que o autoriza, isto é, o seu motivo ou causa, o qual encontra-se previsto na lei. Na realidade, o motivo do ato é a efetiva situação material que serviu de suporte para a prática do ato, o qual está previsto na norma legal.*

*Para fins de análise da validade do ato é necessário verificar se realmente ocorreu o motivo em função do qual foi praticado o ato (materialidade do ato) e se há correspondência entre ele e o motivo previsto na lei. Não havendo correspondência entre o motivo de fato e o motivo legal o ato será viciado, tornando-se passível de invalidação.*

*Feitas estas considerações, cumpre-nos examinar se ocorreu a situação de fato que autorizou a expedição do Ato Declaratório nº 15.228/1999 que excluiu a recorrente do SIMPLES e se há correspondência entre o motivo de fato que o embasou com o motivo previsto na lei instituidora do SIMPLES.*

*Ao instituir o SIMPLES, a Lei nº 9.317, de 1996, e alterações posteriores, determinou no art. 9º, XV, in verbis:*

**"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;"*

*Por sua vez, o art. 14 c/c o art. 15, § 3º da citada lei, determina que, ocorrida a hipótese legal de impedimento e deixando a pessoa jurídica de formalizar sua exclusão mediante alteração cadastral, ela será excluída de ofício mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo.*

*Verifica-se, assim, que a lei especifica a hipótese que, uma vez ocorrida, motivará a exclusão do SIMPLES de ofício, mediante ato declaratório da autoridade fiscal: prestar a contribuinte, entre outros, serviço profissional de consultoria.*

*Da análise do ato declaratório (fl. 12) constata-se, de plano, a inadequação do motivo explicitado ("atividade econômica não permitida para o SIMPLES") com o tipo legal da norma de exclusão ("prestar, entre outros, serviço profissional de consultoria").*

*Frise-se que o motivo antecede a prática do ato administrativo de exclusão e, quando previsto em lei, o agente que emite ou pratica o ato fica obrigado a justificar a sua existência, demonstrando a efetiva ocorrência do motivo que o ensejou, sob pena de invalidade do ato. Conforme esclarecido anteriormente, tratando-se o ato declaratório de ato administrativo vinculado é imprescindível a observância do critério da legalidade, ficando a autoridade fiscal inteiramente presa ao enunciado da lei em todas as suas especificações.*

*Assim, não tendo a autoridade fiscal indicado como motivação do ato declaratório exercer a contribuinte atividade de consultoria, na forma prevista na lei, e, tampouco comprovado que a receita da contribuinte decorre dessa atividade, o ato é passível de nulidade. Cabe ressaltar que a lei instituidora do SIMPLES especifica todas as hipóteses, que uma vez ocorridas, acarretam a exclusão do sistema. Ora, se a lei especifica as hipóteses de exclusão, não cabe a exclusão com base em motivação genérica, conforme indicado no*

Processo nº : 10875.005578/2003-78  
Acórdão nº : 301-32.372

*ato declaratório. No caso, a motivação indicada no ato declaratório não se coaduna com a prevista na lei, o que acarreta a nulidade do ato, por descumprimento de requisito legal.*

*Ademais, a motivação genérica impede à contribuinte exercer plenamente o seu direito de defesa, pois o ato declaratório não lhe permite conhecer o motivo especificado na lei que deu causa à sua exclusão. A contribuinte apenas tomou ciência do motivo de sua exclusão (exercer atividade de consultoria) por ocasião do indeferimento de sua SRS (fls. 10/11)..”*

De tudo isso, fica evidenciado que a contribuinte teve cerceado o seu direito de defesa, em função de não lhe haver sido dado pleno conhecimento das circunstâncias fáticas que a levaram à exclusão do SIMPLES. A autoridade administrativa não lhe explicitou os motivos ensejadores da exclusão em comento, mas tão-somente comunicou-lhe a existência de “*atividade econômica não permitida para o Simples*”, sem que lhe indicasse, de forma clara e detalhada, a especificação desta atividade.

Em assim procedendo, contrariou a legislação de regência do Sistema Integrado de Pagamentos, mais precisamente o art. 15, § 3º da Lei 9.317/96, transcrito a baixo:

*“§ 3º A exclusão de ofício dar-se-á mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo.”*

Por todo o exposto, e com esteio no art. 59 do Decreto nº. 70.235/72, que determina serem nulos os atos proferidos por autoridade com preterição do direito de defesa, bem como no art. 53 da Lei nº. 9.784/99, que determina que a Administração deve anular seus próprios atos quando estes forem eivados de vício de legalidade, voto no sentido de que seja **ANULADO O PROCESSO AB INITIO**, a partir do Ato Declaratório nº.164.869, em virtude da constatada inadequação do motivo explicitado com o tipo legal da norma de exclusão e do evidente cerceamento do direito de defesa.

Sala das Sessões, em 08 de dezembro de 2005

*Irene Souza da Trindade Torres*

IRENE SOUZA DA TRINDADE TORRES - Relatora