MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº	:	10880.006306/99-32
Recurso nº	:	128.340
Acórdão nº	:	301-31.635
Sessão de	:	26 de janeiro de 2005
Recorrente(s)	:	GRAE – GRUPO DE APOIO ESCOLAR S/C LTDA.
Recorrida	:	DRJ-SÃO PAULO/SP

SIMPLES – NULIDADE DO ATO DE EXCLUSÃO – A falta de qualquer um dos requisitos elementares para validação do ato administrativo que determinou a exclusão do contribuinte do SIMPLES, em especial a motivação, implica a declaração de nulidade e conseqüente cessação de seus efeitos jurídicos.
PROCESSO ANULADO *AB INITIO*

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* por vício formal, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO
Presidente

LUIZ ROBERTO DOMINGO
Relator

Formalizado em: 08 DEZ 2005

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: José Luiz Novo Rossari, Atalina Rodrigues Alves, Valmar Fonsêca de Menezes, Irene Souza da Trindade Torres, Carlos Henrique klaser Filho, Roberta Maria Ribeiro Aragão e Lisa Marini Ferreira dos Santos (Suplente). Esteve presente o Procurador da Fazenda Nacional Dr. Leandro Felipe Bueno Tierno.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pela Recorrente que se insurge contra a manutenção do Ato Declaratório nº 152.948, de 09/01/99, expedido pela Delegacia da Receita Federal em São Paulo, que a declarou excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, por considerar a atividade econômica da Recorrente dentre as não permitidas para a opção.

Sob apreciação da Eg. Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, resolveu-se "converter o julgamento do recurso em diligência à repartição de origem, a fim de que a mesma, conclusivamente, apure a qual nível educacional a Recorrente se dedica.

Em cumprimento da diligência, a fiscalização constatou que:

"- por meio de declaração escrita (fl. 80), a Sra. Maura Regina Silveira (CPF: 761.105.918-15), diretora do estabelecimento, informou que a atividade exercida é a de Educação Infantil, abrangendo a faixa etária de dois a seis anos;

- efetuei verificação do Livro de Registro de Matrículas (1999 a 2003). As matrículas abrangiam as seguintes fases: maternal I e II, jardim I, jardim II, e pré;

- visitei, durante o horário de aulas, as instalações físicas da escola. A disposição das salas de aula e a idade dos estudantes, condiziam com a informação prestada pela Sra. Maura, e com o verificado no Livro de Registro de Matrículas.

Pelas razões acima expostas, deduz-se que a escola vem se dedicando (1999 a 2003) ao ramo de educação infantil, abrangendo as fases de creche e pré-escola."

Diante disso, voltam os autos a esta Câmara para apreciação do Recurso Voluntário.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro Luiz Roberto Domingo, Relator

Conheço do Recurso Voluntário por preencher as condições e requisitos estabelecidos em lei e por conter matéria de competência deste Conselho.

Como se visto, o presente feito foi convertido em diligência a fim de que fosse constatada a real atividade da Recorrente. Contudo, ao voltar à apreciação do feito, percebi que haviam falhas processuais relativas à declaração de exclusão da Recorrente do Simples que não poderiam deixar de serem apreciadas.

O Ato Declaratório 152.948, de 09/01/99, discrimina como eventos da exclusão as seguintes informações:

"Pendências da Empresa e/ou Sócios junto à PGFN"

"Atividade econômica não permitida para o Simples"

Quanto à declaração de pendências, ressalte-se que o termo "pendências" não significa direta e infalivelmente que haja débitos inscritos em dívida ativa, tanto que é utilizada pela própria Secretaria da Receita Federal na negativa de certidão negativa via internet com o seguinte texto:

"Certidão Negativa de Débitos de Tributos e Contribuições Federais

Resultado da Consulta

As informações disponíveis sobre o contribuinte 00.000.000/0001-00 não são suficientes para que se considere sua situação fiscal regular, sem que o mesmo compareça a uma unidade da SRF de sua jurisdição para esclarecimento de pendências.
Caso V. Sa. queira maiores informações visite os links: Pesquisa de Situação Fiscal ou Orientações para emissão de Certidão nas unidades da SRF."

O "esclarecimento de pendências" pode ser qualquer coisa, mas a Lei nº. 9.317/96 exige a prova da inscrição da Dívida Ativa da União para determinar a exclusão, e não depois que o contribuinte já foi excluído.

Nesse sentido, adoto como razão de decidir os argumentos trazidos pela eminente Conselheira Atalina Rodrigues Alves, nos autos do Recurso Voluntário nº 124.562, conforme segue:

"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 Administração ou pelo Judiciário.

Dentre os requisitos do ato que declara a exclusão da pessoa jurídica da Sistemática de Pagamentos dos Tributos e Contribuições denominada SIMPLES, destacam-se o pressuposto de fato que o autoriza, isto é, o seu motivo ou causa e a previsão abstrata da situação de fato (hipótese legal). 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.

Pra 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 278.754/2000 que excluiu a recorrente do SIMPLES e se há correspondência entre o motivo de fato que embasou o ato com o motivo previsto na lei instituidora do SIMPLES.

Ao instituir o SIMPLES, a Lei nº 9.317, de 1996, e alterações posteriores, determinou:

"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".

Por sua vez, o art. 14 c/c o art. 15, § 3º da citada lei, determinam 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: ter o contribuinte débito inscrito em Dívida Ativa da União ou do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, cuja exigibilidade não esteja suspensa.

Da análise do ato declaratório (fl. 12) constata-se, de plano, a inadequação do motivo explicitado ("Pendências da Empresa e/ou Sócios junto ao INSS") com o tipo legal da norma de exclusão ("débito inscrito em Dívida Ativa da União ou do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, cuja exigibilidade não esteja suspensa").

Frise-se que o motivo antecede a prática do ato administrativo e, quando previsto em lei, o agente que o praticou fica obrigado a justificar a sua exigência, demonstrando a sua efetiva ocorrência, 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 dado como motivação do ato declaratório ter o contribuinte débito exigível inscrito no INSS, na forma prevista na lei, e, tampouco, especificado o débito inscrito, o ato é passível de nulidade.

Ressalte-se, ainda, não ser admissível que a administração, antes de comprovado a ocorrência do fato impeditivo da opção pelo SIMPLES, de pronto determine a exclusão do contribuinte, preterindo o seu direito de defesa.

Nos termos do art. 59, inciso II, do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, são nulos os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Restando configurado que o ato declaratório foi exarado com vício em relação ao seu motivo e com preterição do direito de defesa da empresa excluída, é pacífica a tese de que a administração que praticou o ato ilegal pode anulá-lo (Súmula 473 do STF)".

Como se isso não bastasse, é nítida a dúvida da Recorrente acerca da motivação que implicou a sua exclusão, haja vista que diferentemente do que entendeu a autoridade julgadora de primeira instância, a Recorrente não afirma que está em débito com o Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ, mas sim que tem parcelamento, cujas parcelas "estavam sendo pagas em dia e regulares".

A Lei 9.317/1996, em seu art. 9º, inciso XV, dispõe:

"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;"

Contudo, o art. 151 do CTN dispõe quanto aos fatos e atos jurídicos que suspendem a exigibilidade do crédito tributário, in verbis:

Art. 151 - Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:
I - moratória;
II - o depósito do seu montante integral;
III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;
IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.
V - a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial;
VI - o parcelamento."

Por esses institutos jurídicos analisdos, tem-se que a exigibilidade do crédito tributário está suspensa pelo parcelamento, que segundo as informações contidas no processo, apresenta-se adimplente.

Ademais, a ausência de discriminação das atividades exercidas pela recorrente que seria vedadas para opção pelo Simples, também fulminam de plano o ato declaratório nos termos já expendidos

Diante do exposto, anulo o processo *ab initio*.

Sala das Sessões, em 26 de janeiro de 2005

LUIZ ROBERTO DOMINGO - Relator