



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº : 10880.006736/99-81
Recurso nº : 130.179
Acórdão nº : 301-32.212
Sessão de : 20 de outubro de 2005
Recorrente(s) : CAPÍTULO I – EDUCAÇÃO INFANTIL S/C LTDA.
Recorrida : DRJ – SÃO PAULO/SP

PRELIMINARES. NULIDADE DECISÃO.

O controle da constitucionalidade das leis é de competência exclusiva do Poder Judiciário e, no sistema difuso, centrado em última instância revisional no Supremo Tribunal Federal, conforme o estabelecido no artigo 102, inciso I, alínea "a", da Carta Magna de 1988.

Não deve prosperar a preliminar de nulidade da decisão por suposta falta de fundamentação, uma vez que o i. órgão julgador *a quo* proferiu voto devidamente fundamentado, o que afasta a alegação de existência de qualquer vício.

NULIDADE DO ATO DE EXCLUSÃO.

A falta de qualquer um dos requisitos de validade do ato administrativo (motivação) implica a declaração de nulidade do ato que determinou a exclusão do contribuinte do SIMPLES.

ATIVIDADE DE EDUCAÇÃO INFANTIL.

Com a edição da Lei n.º 10.034, de 24/10/2000, foi alterado o disposto no artigo 9º, da Lei n.º 9.317/96, ficando excetuadas da restrição de que trata o inciso XIII do referido diploma legal as pessoas jurídicas que se dediquem às seguintes atividades: creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental.

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

CARLOS HENRIQUE KLASER FILHO
Relator

Formalizado em: 25 JAN 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Irene Souza da Trindade Torres, Atalina Rodrigues Alves, José Luiz Novo Rossari, Luiz Roberto Domingo, Valmar Fonsêca de Menezes e Susy Gomes Hoffmann.

Processo nº : 10880.006736/99-81
Acórdão nº : 301-32.212

RELATÓRIO

A fim de evitar desnecessária repetição dos fatos, adoto como parte integrante do presente o Relatório de fls. 72/73, acrescentando o seguinte:

Através da Resolução n.º 201-00.229, a C. 1ª Câmara do 2º Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, decidiu por converter o julgamento do caso em questão em diligência à repartição de origem para que o órgão local verificasse, de forma especificada, quais as pendências junto ao INSS, apontando quais contribuições, valores e períodos à apontada pendência, mediante a juntada de comprovação da referida pendência.

Apesar de haver sido devidamente cientificada dos termos da Resolução supra citada, através da Intimação de fls. 77, conforme atesta o Aviso de Recebimento dos Correios anexado às fls. 77, verso, a Recorrente não apresentou qualquer manifestação.

Entretanto, em visita ao sítio do INSS, foi obtida a Certidão Negativa de fls. 78 e assim, restando suprida a demanda requerida, os autos retornaram a este Conselho para julgamento.

É o relatório.



Processo nº : 10880.006736/99-81
Acórdão nº : 301-32.212

VOTO

Conselheiro Carlos Henrique Klaser Filho, Relator

O Recurso é tempestivo e preenche os requisitos para a sua admissibilidade, razão pela qual dele tomo conhecimento.

De início, sustenta a Recorrente a inconstitucionalidade da Lei n.º 9.317/96, refutando ainda o fundamento constante da decisão ora recorrida de que não cabe na esfera administrativa a discussão sobre a constitucionalidade do texto legal, após a Constituição de 1988, em virtude do disposto em seu artigo 5º, inciso LV.

Todavia, não assiste razão à Recorrente neste ponto, uma vez que o controle da constitucionalidade das leis é de competência exclusiva do Poder Judiciário e, no sistema difuso, centrado em última instância revisional no Supremo Tribunal Federal, conforme o estabelecido no artigo 102, inciso I, alínea "a", da Carta Magna de 1988.

De fato, o artigo 5º, inciso LV, da CF/88, assegura aos litigantes tanto em processo judicial, quanto nos processos administrativos os direitos ao contraditório e à mais ampla defesa, com os meios e recurso a ele inerentes.

Acontece que, na hipótese dos autos, está sendo devidamente assegurada à Recorrente a utilização dos princípios do contraditório e da ampla defesa para atacar o ato declaratório que excluiu a pessoa jurídica do SIMPLES, cabendo ressaltar que os referidos princípios constitucionais são também previstos pela Lei n.º 9.317/96, em seu art. 15, § 3º.

O que não é possível, contudo, como já antes dito, é a apreciação da constitucionalidade ou não de lei por Órgãos Administrativos em decorrência da falta de competência dos mesmos.

Passemos então à análise do cerne da questão que cinge-se em verificar se a Recorrente deve ou não ser reincluída no SIMPLES, haja vista a sua exclusão efetuada através do Ato Declaratório n.º 152.136, em virtude de pendências da empresa e/ou sócio junto ao INSS e atividade econômica não permitida para o SIMPLES que, nesse caso é a prestação de serviços profissionais de professor ou assemelhado.

Quanto primeira discriminação contida no Ato Declaratório n.º 152.136 - "*pendências da empresa e/ou sócio junto ao INSS*", utilizo o voto do ilustríssimo

24

Processo nº : 10880.006736/99-81
Acórdão nº : 301-32.212

Conselheiro Luiz Roberto Domingos no Recurso Voluntário n.º 125.012 que, de forma brilhante, expõe a solução e o caminho desejado.

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 Orientação para emissão de Certidão nas unidades da SRF."

O "esclarecimento de pendências" pode ser qualquer coisa, mas a Lei n.º 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 n.º 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 própria Administração ou pelo Judiciário.

Dentre os requisitos do ato que declara a exclusão da pessoa jurídica do 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.

λ

Processo nº : 10880.006736/99-81
Acórdão nº : 301-32.212

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 n.º 278.754/2000 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 n.º 9.317, de 1996, e alterações posteriores, determinou no art. 9º, XV, in verbis:

"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, 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: 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.09) constata-se, de plano, a inadequação do motivo explicitado ("Pendências da Empresa e/ou Sócios junto a PGFN") 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 de exclusão e, quando previsto em lei, o agente 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 mesmo. Conforme esclarecido anteriormente,

Processo nº : 10880.006736/99-81
Acórdão nº : 301-32.212

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.

Ressalta-se, ainda não ser admissível, 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 n.º 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 seu 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).

Quanto à segunda discriminação do Ato Declaratório - "atividade econômica não permitida para o SIMPLES", ao analisar a documentação juntada aos autos e, mais precisamente, os objetivos sociais do contribuinte contido no Contrato Social de fls. 14/16, verificou-se a prestação de serviços aplicados *nos ramos de ensino de educação infantil, bem como o desenvolvimento de toda a atividade pedagógica concernente o aprimoramento da educação infantil, executando as atividades correlatas nesse mister.*

Tendo em vista a recente edição da legislação supra que excluiu da restrição de que trata o inciso XIII, do art. 9º, da Lei n.º 9.317/96 as pessoas jurídicas que se dediquem às atividades de creche, pré-escola e estabelecimentos de ensino fundamental, atividades exercidas pela Recorrente, sendo lícito às mesmas a opção pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte, e considerando o artigo 105, do Código Tributário Nacional, que determina ser a legislação tributária aplicável imediatamente aos fatos futuros e pendentes, entendo que deve a Recorrente ser reincluída no regime do SIMPLES.

No tocante aos efeitos produzidos pelo art. 1º da Lei n.º 10.034/2000, a IN SRF n.º 115/2000, no § 3º de seu artigo 1º, determina que fica assegurada a permanência no sistema das pessoas jurídicas que se dediquem às atividades de creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental, 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 n.º 10.034/2000, desde que atendidos os demais requisitos legais.

7

Processo nº : 10880.006736/99-81
Acórdão nº : 301-32.212

Destarte, conforme se verifica o estabelecido no dispositivo acima mencionado, e havendo a Recorrente efetuado a opção pelo SIMPLES anteriormente a 25/10/2000, conclui-se que a exclusão constante do Ato Declaratório n.º 152.136 não surtiu efeitos no caso em questão, isto é, nesse caso a Recorrente poderia ser considerada como enquadrada no Regime Simplificado, para fins de recolhimento dos tributos, desde a data em que efetuou a opção pelo SIMPLES.

Enfim, sabedor de que o ato administrativo de exclusão do contribuinte do SIMPLES tem caráter declaratório da ocorrência do fato impeditivo de permanência no Sistema e desconstitutivo de uma relação jurídica administrativa de condições especiais de apuração e recolhimento de tributos e contribuições federais, privativo da autoridade administrativa que tem o poder de aplicar o direito e reduzir a norma geral e abstrata em norma individual e concreta, devendo ser aplicado de forma vinculada e obrigatória e seguindo os ditames normativos legais, tanto no que tange às normas de competência que possibilitam o exercício da fiscalização, como no que tange às normas jurídicas atinentes ao SIMPLES, que estabelecem os limites e os sujeitos passivos que estão autorizados a optar pelo sistema e, ainda, por se tratar de ato vinculado onde o critério da legalidade é estrita, impondo o estabelecimento de nexo entre o resultado do ato e a norma jurídica, constata-se de imediato a inadequação do motivo ali explicitado (“pendências da empresa e/ou sócio junto ao INSS”) com o tipo legal da norma de exclusão (“débitos inscritos em Dívida Ativa da União ou do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, cuja exigibilidade não esteja suspensa”).

Em face de todo o exposto, anulo o processo “*ab initio*”, a partir do Ato Declaratório n.º 152.136, uma vez que este não cumpre as exigências legais de regularidade.

É como voto.

Sala das Sessões, em 20 de outubro de 2005


CARLOS HENRIQUE KLASER FILHO - Relator