



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº : 10880.008641/99-48
Recurso nº : 131.217
Acórdão nº : 301-32.449
Sessão de : 25 de janeiro de 2006
Recorrente : NANA NENÉM BERÇÁRIO E MATERNAL LTDA. -
ME.
Recorrida : DRJ/SÃO PAULO/SP

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 por autoridade incompetente ou 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


VALMAR FONSECA DE MENEZES
Relator

Formalizado em: 22 MAR 2006

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

Processo nº : 10880.008641/99-48
Acórdão nº : 301-32.449

RELATÓRIO

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, que transcrevo, a seguir.

“A contribuinte acima qualificada, mediante Ato Declaratório nº 152.538, com efeitos a partir de 01/03/1999 (fls. 06), do qual a empresa tomou ciência em 21/01/1999 (fls. 32), foi excluída 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, de 05/12/1996 e alterações posteriores.

2. Em 10/02/1999, insurgindo-se contra a referida exclusão, a interessada formalizou Solicitação da Vedação/Exclusão à Opção pelo Simples - SRS (fls. 33), que foi considerada improcedente (fls. 33 – verso), pelos seguintes motivos:

2.1. As atividades de ensino, de cursos livres e quaisquer atividades assemelhadas à de professor (inclusive o ensino pré-escolar), estão incluídas na condição impeditiva de opção pelo SIMPLES elencadas no art. 9º, XIII, da Lei nº 9317/1996.

2.2. O contribuinte informa que possui pendências judiciais com o INSS, onde discute a cobrança de débitos, dado suposto enquadramento como “estabelecimento de ensino”, infringindo o disposto no art. 9º, XV, da Lei nº 9317/1996.

3. A contribuinte, notificada em 25/03/1999 (fls. 33 – verso – Quadro 15), manifestou sua inconformidade (fls. 01/03), em 22/04/1999 por meio de seu procurador (fls. 39/42), alegando, em síntese, que:

3.1 Com relação à pendência com o INSS, a impugnante tem a esclarecer que parte dela é relativa à cobrança de verba indevida e a outra está alicerçada em entendimento de que o valor a ser recolhido é menor do que o indicado pelo órgão, derivando daí que o resultado daquela demanda não poderá afetar este procedimento e nem deverá repercutir desfavoravelmente contra a impugnante, sob pena de violação de inciso XV do artigo 9º da Lei 9317/1996, como ocorreu na primeira decisão, ora recorrida.

3.2. A empresa não pode ser excluída do Simples com base no inciso XIII do artigo 9º da Lei 9317/1996, já que sua atividade não se equipara à atividade de “professor”. A redação do referido inciso está intimamente ligada ao tipo específico de atividade profissional, que somente pode ser exercida pelo professor enquanto pessoa física e não a de um estabelecimento que tenha por escopo a

Processo nº : 10880.008641/99-48
Acórdão nº : 301-32.449

educação de crianças de zero a seis anos, em aspecto amplo, ou seja, uma educação geral desde a creche até a pré-escola.

3.3. O tipo de atividade a que se refere a norma é aquela estritamente pedagógica, didática e doutrinária, nada tendo a ver com a nutrição, amparo, encaminhamento e pré-educação que são desenvolvidas pela Impugnante, a qual se dedica ao sistema de creche e pré-escola, muito diferente das instituições de ensino que vão desde o 1º grau até a Universidade.

3.4. Por outro lado, é inexplicável o fato da empresa estar discutindo judicialmente, em relação ao INSS, a sua condição de estabelecimento de ensino, enquanto a Secretaria da Receita Federal reconhece essa condição, sendo ambos órgãos do Governo Federal.

3.5. Indubitavelmente, a Impugnante tem condições de ser agraciada pelo Simples e isto é atestado pelo mesmo Governo que a deseja excluir.

4. Posteriormente, a Impugnante foi intimada a apresentar diversos documentos (fls. 29), tendo sido estes juntados às fls. 61/105.”

A Delegacia de Julgamento proferiu decisão, em acórdão simplificado, indeferindo a solicitação da recorrente.

Inconformada, a contribuinte recorre a este Conselho, repisando argumentos expendidos na peça de manifestação de inconformidade.

É o relatório.

Processo nº : 10880.008641/99-48
Acórdão nº : 301-32.449

VOTO

Conselheiro Valmar Fonsêca de Menezes, Relator

O recurso preenche as condições de admissibilidade e, portanto, deve ser conhecido.

Verifica-se, inicialmente, que consta, à fl. 43, o Ato Declaratório de nº 152.538, que determina a exclusão do contribuinte da Sistemática do SIMPLES, traz como motivação “pendências da empresa e/ou sócios junto à PGFN”.

Diante de tal circunstância, peço a devida licença aos meus pares para aduzir aos autos voto proferido pela eminente Conselheira Atalina Rodrigues Alves, por ocasião do julgamento do recurso 124.796, que, pela similitude, adoto como razões de decidir, transcrevendo-o adiante, em excertos:

“Tendo em vista que no presente processo a lide surge com a manifestação de inconformidade da interessada em relação ao Ato Declaratório nº 278.635, que declarou sua exclusão do SIMPLES por motivo de “pendências da empresa e/ou sócios junto a PGFN”, 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 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 278.635 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, 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. 39) 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 e, quando previsto em lei, o agente que o praticou fica obrigado a justificar a sua existência, 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

Processo nº : 10880.008641/99-48
Acórdão nº : 301-32.449

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.

Ademais, configurado que ao ato declaratório foi exarado com vício, é pacífica a tese de que a administração que praticou o ato ilegal pode anulá-lo (Súmula 473 do STF)."

Acrescente-se a tão bem fundamentadas razões que a não explicitação da motivação que terminou por impor a penalidade à recorrente redundou na consequência de que a repartição não propiciou à contribuinte o pleno conhecimento das circunstâncias de tal fato, com evidente cerceamento do direito de defesa, nos termos da Lei instituidora do SIMPLES, que, textualmente, afirma, em seu artigo 15º, parágrafo 3º:

"§ 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 outro lado, o artigo 59 do Decreto 70.235/72, determina que são nulos os atos proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Em outra vertente, a Lei 9.784/99, em seu artigo 53 determina:

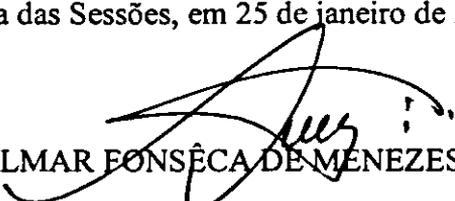
"ART.53 - A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos."

Entendo que a aplicação de determinada penalidade a um contribuinte por conta de supostas "pendências" sem a sua clara especificação sem a sua detalhada especificação se constitui em evidente cerceamento ao direito de defesa.

O que é amplo não pode ser restrito.

Diante do exposto, por voto no sentido de que seja anulado o processo ab initio, a partir do Ato Declaratório nº 152.538, 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 25 de janeiro de 2006


VALMAR FONSECA DE MENEZES - Relator