



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº : 13897.000141/2001-16
Recurso nº : 128.898
Acórdão nº : 301-32.893
Sessão de : 19 de junho de 2006
Recorrente : JDDK ASSOCIADOS S/C. LTDA.
Recorrida : DRJ/CAMPINAS/SP

SIMPLES. ATO DECLARATÓRIO. MOTIVAÇÃO INVÁLIDA. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. 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. Representa cerceamento do direito de defesa o Ato Declaratório que não especifica qual das atividades exercidas pelo contribuinte não lhe permite a opção pelo Simples.

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 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*, 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: 11 JUL 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.

RELATÓRIO

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

"Trata o presente processo de exclusão do SIMPLES, conforme Ato Declaratório nº 351.160/00, porque a empresa exerce atividade econômica não permitida pela legislação.

2. Apresentou sua contestação ao ato declaratório (fls. 21), por meio de SRS em 06/11/2000, argumentando não estar sua atividade enquadrada no art. 9º da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996.

3. Tal pleito foi indeferido pela autoridade preparadora (fl.23), com ciência em 06/03/2001, sob a fundamentação de que o ensino de idiomas é uma atividade assemelhada à de professor e que dessa forma estaria enquadrada no inciso XIII, do art. 9º, da Lei nº 9.317/96.

4. Em 30/03/2001, a contribuinte apresentou a impugnação (fl. 01/14), acompanhada dos documentos de fls. 15/20, argumentando que:

4.1. a empresa é um estabelecimento de ensino devidamente constituído sob a forma de sociedade por cotas de responsabilidade limitada e enquadra-se na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte nos termos da Lei 9.317/96, art. 2º, 3º, 5º e 8º, com as modificações da Lei 9.732/98, tendo optado pelo Simples;

4.2. o desenquadramento feito pela Receita Federal com base no art. 9º, inciso XIII da Lei 9.317/96 é inconstitucional por contrariar frontalmente os art. 150, inciso II e 179, da Constituição Federal de 1988;

4.3. o art. 9º da Lei nº 9.317/1996, em sua correta interpretação, não se aplicaria à empresa que vende serviços educacionais, que é o seu caso, porque não exerce a atividade de professor e nem seus proprietários são professores;

4.4. entende que ao ser editada a Lei nº 10.034, de 25/10/2000, seu caso estaria beneficiado, pois esta permitiu às empresas que prestam serviços de ensino pré-escolar, creches e ensino fundamental, que optassem pelo Simples;

Processo nº : 13897.000141/2001-16
Acórdão nº : 301-32.893

4.5. a IN nº 115, de 27 de dezembro de 2000, em seus art. 1º e 2º veio estabelecer as condições para os estabelecimentos de ensino que já foram excluídos ou não do Simples;

4.6. a Justiça Federal tem apreciado alguns Mandados de Segurança, com deferimento de liminar, e Ação Declaratória com a concessão do pedido de tutela antecipada favoravelmente aos estabelecimentos de ensino, inclusive de língua estrangeira e cita jurisprudências.

5. Finalmente, afirma que a atividade da requerente é de venda de serviços educacionais e não presta serviços educacionais, não se confundindo com serviço de profissional com profissão regulamentada.

A Delegacia de Julgamento proferiu decisão (fls. 27/33), 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: 2000

Ementa: ENSINO. EXCLUSÃO. As pessoas jurídicas cujo objeto social engloba a exploração do ramo de ensino de idiomas estão impedidas de opção ao SIMPLES por prestarem serviços assemelhados à atividade de professor.

Solicitação Indeferida”

Inconformada, a contribuinte apresenta recurso voluntário a este Colegiado (fls. 38/42), aduzindo em suma, preliminarmente, a ocorrência de litispendência deste processo com o processo nº 13897.001064/2003-83, e, no mérito, repisa os mesmos argumentos expendidos na peça impugnatória.

Pede, ao final, em síntese, o apensamento destes autos de processo ao processo nº. 13897.001064/2003-83 e a reforma da decisão de primeira instância, com a sua conseqüente reinclusão no SIMPLES

Em sessão de 07 de julho de 2005, este Colegiado decidiu por converter o julgamento em diligência (fls. 55/58), para que fosse juntado aos autos O Ato Declaratório de exclusão da requerente.

Cumprida a diligência requerida (fls. 61/62), retornam os autos a este Conselho para prosseguir o julgamento.

É o relatório.

VOTO

Conselheira Irene Souza da Trindade Torres, Relatora

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

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- SIMPLES. A contribuinte foi excluída daquela sistemática de pagamento em razão de exercer **atividade econômica não permitida a optar pelo SIMPLES**, conforme consta do Ato Declaratório de exclusão nº. 351.160, juntado à fl.61 dos autos, quando do cumprimento da diligência requerida por esta Câmara.

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 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, o que se agrava pelo fato de a querelante realizar atividades impeditivas e outras não impeditivas, vez que seu objeto social consiste na "exploração do ramo de prestação de serviços de núcleo de ensino livre de idiomas, traduções, interpretações, correções e elaborações de textos, apostilas e manuais".(fl. 17)

A autoridade administrativa não explicitou à contribuinte 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 da natureza desta atividade.

Processo nº : 13897.000141/2001-16
Acórdão nº : 301-32.893

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.351.160, em virtude da constatada inadequação do motivo explicitado com o tipo legal da norma de exclusão e do evidente cerceamento do direito de defesa.

É como voto.

Sala das Sessões, em 19 de junho de 2006



IRENE SOUZA DA TRINDADE TORRES- Relatora