



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº : 10380.005553/2004-17
Recurso nº : 132.364
Acórdão nº : 301-33.069
Sessão de : 23 de agosto de 2006
Recorrente : BEBIDAS E CONDIMENTOS ASA BRANCA
Recorrida : DRJ/FORTALEZA/CE

SIMPLES. ATO DECLARATÓRIO. MOTIVAÇÃO INVÁLIDA E
PRETERIÇÃO 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, devendo restar sua
motivação efetivamente comprovada, não podendo, ainda, ser
exarado com preterição do direito de defesa da empresa excluída.
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

ATALINA RODRIGUES ALVES
Relatora

Formalizado em: **21 SET 2006**

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

Processo nº : 10380.005553/2004-17
Acórdão nº : 301-33.069

RELATÓRIO

Por bem descreve os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, que, a seguir, transcrevo:

“Bebidas e Condimentos Asa Branca, inscrito no CNPJ sob o nº 09.497.397/0001-43, teve contra si emitido o Ato Declaratório Executivo DRF/FOR nº 32, de 25 de junho de 2004, excluindo-o da sistemática de pagamento integrado de tributos e contribuições, denominada Simples, mediante o qual a Delegada Substituta da Receita Federal em Fortaleza-CE:

“.... considerando o que foi apurado no processo administrativo nº 10380.005553/2004-17 e, de acordo com o art. 14, inciso V e art. 15, inciso V, da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996, mediante edição de Ato, na forma como preconiza a referida Lei em seu artigo 15, § 3º, com redação dada pelo art. 3º da Lei nº 9.732/98, DECLARA:

EXCLUÍDA da sistemática de pagamento integrado de tributos e contribuições de que trata o art. 3º da Lei 9.317/96, denominada SIMPLES, a empresa BEBIDAS E CONDIMENTOS ASA BRANCA, CNPJ nº 09.497.397/0001-43, sendo os efeitos da exclusão a partir de 1º de janeiro de 2000. De acordo com a referida Lei, em seu artigo 14, inciso V, o contribuinte estará excluído de ofício pelo regime do SIMPLES naquele ano de 2000, na condição de EPP – Empresa de Pequeno Porte, em razão da Prática Reiterada de Infração a Legislação Tributária;”

O processo nº 10380.005553/2004-17, em que se fundamenta o Ato Declaratório Executivo DRF/FOR Nº 32/2004, foi formalizado com a Representação Fiscal – Exclusão Simples, fls. 01, a seguir transcrita:

“No curso do procedimento fiscal instaurado contra o contribuinte Bebidas e Condimentos Asa Branca, CNPJ nº 09.497.397/0001-43, MPF 0310100/00815-2001, no ano calendário de 2000 foram constatadas as seguintes infrações:

- 1. Venda de produtos sem a aposição de selo de controle a que estavam obrigados;*
- 2. Emprego de selo em produto diverso daquele a que é destinado;*
- 3. Venda de produto sem emissão de nota fiscal.*

Processo nº : 10380.005553/2004-17
Acórdão nº : 301-33.069

Todas as infrações estão detalhadas em planilhas anexas.

Diante do acima exposto, as infrações enquadram-se nos arts. 222 incisos I e II; art. 223 e parágrafo único e 241 inciso II do Decreto 2.637/98 (RIPI/98), proponho fundamentado no art. 14, inciso V da Lei 9.317/96, regulamentada pela IN SRF nº 9 de 10.02.99 art. 31 inciso V (prática reiterada de infração à legislação tributária) que a mesma seja excluída do SIMPLES."

Às fls. 02/03 a autora da Representação Fiscal aponta para o ano-calendário de 2000 a apuração de 3 (três) infrações:

1. Comercialização de Bebidas sem Selo de Controle;
2. Bebidas Saídas com Selo Errado – Verde;
3. Omissão de Receita – Planilha de Cálculo do Estoque Final Apurado (Selo Laranja) e Planilha de Cálculo do Estoque Final Apurado (Selo Cinza)

Inconformado com a exigência da qual tomou ciência em 07/07/2004 (fls. 06), apresentou o contribuinte manifestação de inconformidade em 06/08/2004 (fls. 11/17), fundamentando sua defesa nos argumentos abaixo elencados, em síntese:

- o Ato Declaratório exarado pela Sra. Delegada excluindo a empresa do Simples merece ser revisto, pois, não há verdadeiramente qualquer prática reiterada de infração a legislação tributária. O certo é que, até o presente momento não foi lavrado nenhum auto de infração em desfavor da recorrente. Se não há sequer auto de infração que aponte o cometimento de violação a legislação tributária, como há se falar em prática reiterada de infração?;

- a auditora fiscal representante não trouxe aos autos provas convincentes de suas alegativas, desprezando ainda, os princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório, intrínsecos a qualquer relação jurídica administrativa e judicial, pois em nenhuma circunstância foi dado a recorrente ciência da tramitação deste processo, ou foi dado vista aos autos, cópias de documentos nele contidos, bem como, e principalmente, quanto ao fato de que em nenhum momento efetuou vendas de seus produtos sem emissão de nota fiscal;

- não consta dos autos quaisquer elementos de prova que a recorrente tenha efetuado vendas sem a devida emissão de notas fiscais, não constando também, sequer auto de infração lavrado em desfavor da recorrente que possa caracterizar "prática reiterada" de infração;

- mesmo que houvesse auto de infração, o que não há, inafastável o direito de defesa da recorrente nos termos do inciso LV do art. 5º da CF, resultando, pois, ao final em uma decisão acerca da procedência ou improcedência do eventual

Processo nº : 10380.005553/2004-17
Acórdão nº : 301-33.069

auto infracional, sendo, aí sim, possível falar-se em infração, e em se repetindo, falar-se em prática reiterada;

- segundo o Dicionário Aurélio prática significa o ato ou efeito de praticar, uso, experiência, exercício, rotina, hábito. Já reiterar, segundo o mesmo dicionário, quer dizer repetir, renovar, iterar. Sendo ainda necessário ressaltar que a empresa não sofrera nenhum tipo de infração resultante do procedimento fiscal existente, e, ainda, que sequer houve a lavratura de auto de infração em relação à fiscalização que ainda está ocorrendo no estabelecimento até o momento sem definição;

- apesar de incorreções quanto ao enquadramento de uma de suas bebidas, e alguns erros de aposição nas cores dos selos, tudo devidamente retificado, em nenhum momento deixou de recolher os impostos devidos, entendendo, que sua exclusão de ofício, vai de encontro aos reconhecidos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Por fim, conclui o requerente que não há verdadeiramente prática reiterada de infração, se sequer há auto de infração lavrado, e também até a presente data não restou concluída a fiscalização da auditora representante, que possa justificar a exclusão da empresa da sistemática Simples."

Acresça-se, ainda, o seguinte:

A 4a. Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Fortaleza/CE indeferiu a solicitação da interessada, por meio do Acórdão nº 5.294, de 26/11/2004 (fls. 171/178), cuja fundamentação base encontra-se consubstanciada na sua ementa, verbis:

*"Ementa: Exclusão Simples. Infração Reiterada.
Conforme artigo 14, nº V, da Lei nº 9.317/96 a exclusão da sistemática Simples dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer na prática reiterada de infração à legislação tributária. O art. 15, nº V, do mesmo diploma legal dispõe que os efeitos da exclusão de ofício, motivada por infração reiterada à legislação tributária, começam a operar a partir, inclusive, do mês de ocorrência da infração.*

Solicitação Indeferida."

Devidamente intimada da decisão de 1ª instância, a contribuinte, por seu procurador (fl. 296), interpôs Recurso Voluntário a este Conselho de Contribuintes (fls. 284/295), no qual repisa as razões e argumentos expendidos na sua manifestação de inconformidade de fls. 11/17.

É o relatório.

Processo nº : 10380.005553/2004-17
Acórdão nº : 301-33.069

VOTO

Conselheira Atalina Rodrigues Alves, Relatora

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade; dele, pois, tomo conhecimento.

Trata o processo de manifestação de inconformidade da interessada contra a sua exclusão do SIMPLES, efetivada por meio do ADE DRF/FOR nº 32, de 25/06/2004 (fl. 06), "*considerando o que foi apurado no processo administrativo nº 10380.005553/2004-17 e, de acordo com o art. 14, inciso V e art. 15, inciso V, da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996*"...

Cumpre-nos, preliminarmente, verificar se o ADE nº 32, na qualidade de ato administrativo vinculado, cumpre os requisitos legais que o legitimam como instrumento hábil a produzir efeitos válidos.

Ao tratar das hipóteses que acarretam a exclusão da pessoa jurídica do SIMPLES, a Lei nº 9.317, de 1996, determina no seu art. 14, V, *verbis*:

"Art. 14. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:

I - (...)

V - prática reiterada de infração à legislação tributária;"

Cabe observar que as disposições contidas no art. 14 c/c o disposto no art. 15, § 3º da citada lei, determinam que, ocorrida a hipótese legal de impedimento da permanência da pessoa jurídica no SIMPLES e deixando ela de formalizar sua exclusão mediante alteração cadastral, sua exclusão será efetuada de ofício mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que a jurisdicione. Neste caso, é assegurado à pessoa jurídica o contraditório e a ampla defesa, nos termos da legislação relativa ao processo tributário administrativo, conforme disposto no art. 15, § 3º, *verbis*:

"Art. 15. (...)

§ 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. Acrescido pelo art. 3º da Lei nº 9.732/98."

Processo nº : 10380.005553/2004-17
Acórdão nº : 301-33.069

Verifica-se, assim, que a lei especifica as hipóteses que, uma vez ocorridas, motivarão a exclusão do SIMPLES de ofício, entre elas, *ter praticado a empresa reiteradas infrações à legislação tributária*.

Logo, não resta dúvidas de que o ato administrativo declaratório de exclusão do contribuinte do SIMPLES é um ato administrativo vinculado, tendo em vista que a lei instituidora deste regime especial de tributação estabelece os requisitos e condições de sua realização.

Em se tratando de ato administrativo vinculado, para produzir efeitos válidos é indispensável que atenda a todos os requisitos previstos na lei; desatendido qualquer requisito legal, o ato é nulo, pois não produz efeitos válidos entre as partes a que se vincula, cabendo à autoridade administrativa ou ao judiciário declarar a sua nulidade.

Neste sentido, cabe trazer a lume a lição do ilustre Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, na obra "Elementos do Direito Administrativo", Ed. Revista dos Tribunais, 1980, página 39, segundo o qual, *"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."*

Dentre os requisitos do ato declaratório de exclusão da pessoa jurídica do SIMPLES, destaca-se a sua motivação ou causa previstos na lei. Na realidade, o motivo ou causa do ato é a efetiva situação material que, uma vez ocorrida, servirá de suporte para a emissão do ato.

Cabe reiterar que, a materialidade da causa ensejadora do ato declaratório de exclusão da pessoa jurídica do SIMPLES há de restar devidamente comprovada.

Frise-se que o motivo antecede a prática do ato administrativo e, quando previsto em lei, o agente que o pratica fica obrigado a comprovar a sua efetiva ocorrência, sob pena de invalidade do ato.

No caso, a motivação do ato declaratório teria sido a prática reiterada de infração à legislação tributária.

Ocorre que, por ocasião da emissão do ADE nº 32, sequer havia sido lavrado auto de infração relativo às infrações apontadas como motivadoras da exclusão da empresa do SIMPLES.

Quanto à necessidade da lavratura do auto de infração discordo do entendimento exarado na decisão recorrida, tendo em vista que o cometimento de infrações reiteradas à legislação tributária há de restar comprovado no processo relativo ao auto de infração, no qual a contribuinte há de exercer o seu amplo direito de defesa. Tão somente após o julgamento definitivo no âmbito administrativo,

Processo nº : 10380.005553/2004-17
Acórdão nº : 301-33.069

declarando ser procedente o auto de infração, restaria comprovada a efetiva ocorrência da causa ensejadora do ADE.

No caso, consta nos autos que somente em dezembro de 2004 teia sido lavrado o auto de infração, portanto, em data posterior à emissão do ADE nº 32, ocorrida em junho de 2004.

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

Cabe observar que, 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.

Entendo, por tais razões, que o Ato Declaratório de exclusão da contribuinte do SIMPLES estaria eivado de nulidade, em razão de ter sido emitido antes que restasse comprovada a sua motivação.

Pelo exposto, anulo o processo "*ab initio*", em razão da nulidade do ato declaratório de exclusão da interessada o SIMPLES, decorrente de motivação inválida.

Sala das Sessões, em 23 de agosto de 2006


ATALINA RODRIGUES ALVES - Relatora