



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº : 10665.001178/2003-69
Recurso nº : 131.126
Acórdão nº : 301-32.536
Sessão de : 23 de fevereiro de 2006
Recorrente : KÁTIA MARA CAMARGOS DE LIMA
Recorrida : DRJ/BELO HORIZONTE/MG

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 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.

PROCESSO ANULADO

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


SUSY GOMES HOFFMANN
Relatora

Formalizado em: 22 MAR 2006

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

Processo nº : 10665.001178/2003-69
Acórdão nº : 301-32.536

RELATÓRIO

Refere-se o presente processo a pedido de KÁTIA MARA CAMARGO DE LIMA, com CNPJ/CPF nº 02.479.484/0001-29, em que se impugna a exclusão do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples, instituído pela Lei nº 9317/96.

Para melhor abordagem da matéria, adota-se o relatório apresentado pela Delegacia da Receita Federal de Belo Horizonte – MG, fls. 20, consoante anotações seguintes:

“Optante pelo Simples, a interessada foi excluída de ofício pelo Ato Declaratório Executivo DRF/DIV nº 430.339, de 07 de agosto de 2003, fls. 09 fundamentado conforme abaixo:

Situação excludente (evento 306):

Descrição: atividade econômica vedada: 4559-4/99 Outras obras de acabamento de construção;

Data da ocorrência: 30/06/1999

Fundamentação legal: Lei nº 9317, 05/12/1996; artigo 9º XIII, artigo 12; artigo 14, I; artigo 15, II. Medida Provisória nº 2158-34, de 27/07/2001; artigo 73; IN SRF 250, de 26/11/2002; artigo 20, XII; artigo 21; artigo 23, I; artigo 24, II, c/c parágrafo único.

A empresa manifestou-se contrariamente ao procedimento, apresentando a SOLICITAÇÃO DE REVISÃO DA EXCLUSÃO DO SIMPLES – SRF (fls. 2/4), contendo pedido de revisão do Ato Declaratório Executivo em rito sumário, administrativamente autorizado pela Norma de Execução Cotec/Corat nº 003, de 27 de agosto de 2003.

Cientificada em 20/10/2003 da decisão que considerou improcedente a SRS, conforme aviso de recebimento – AR (fls. 17/18), a interessada apresentou impugnação em 07/11/2003 (fls. 01), em que solicita a revisão do procedimento com fundamento nas razões apresentadas na SRS (fls. 02/03), na qual a interessada já alegava: (vide fls. 02/03).

Processo nº : 10665.001178/2003-69
Acórdão nº : 301-32.536

Os autos encontram-se instruídos também com cópias da DECLARAÇÃO DE FIRMA INDIVIDUAL DE 1998 (fls. 05), da DECLARAÇÃO DE FIRMA MERCANTIL INDIVIDUAL de 2002 (fls. 06), da FICHA CADASTRAL DA PESSOA JURÍDICA – FCPJ de 1998 (fls. 7), da DECLARAÇÃO DE MICROEMPRESA de 1998 (fls. 08), de notas fiscais emitidas pela empresa no ano de 2002 (fls. 10/13), entre outros documentos.

Ato contínuo seguiu-se voto do Relator, aduzindo que a atividade prestada pela empresa está inserida no conceito de construção de imóveis por determinação da Lei 9528/97, razão pela qual não pode estar inscrita no Simples. Neste mesmo sentido, anotou como fundamento legal, os incisos V e XIII, do artigo 9º, que vedam a opção por este regime tributário ao engenheiro ou pessoa que se dedique à atividade de construção de imóveis.

Seguiu-se recurso voluntário, fls. 26 e seguintes, em que o contribuinte reafirma os fatos alegados em impugnação inicial. Ademais, sustentou que a atividade exercida não necessita de profissional legalmente habilitado, portanto não se enquadra na vedação do inciso XIII, do artigo 9º, da Lei 9317/96. Bem como não se enquadra nas hipóteses de vedação do §4º, do inciso XIX, do artigo 9º, da Lei do Simples, visto que não exerce atividades de construção de imóveis, e não realiza benfeitorias agregadas ao solo ou ao subsolo, na qual obrigatoriamente tenha que existir em uma construção. Por fim, destacou que discorda do tempo indicado como gerador dos efeitos de eventual exclusão do Simples e citou algumas decisões jurídicas a seu favor e semelhantes ao caso em debate.

Em suma, tem-se o relatório do processo.

Segue fundamentos de voto.

É o relatório.



Processo nº : 10665.001178/2003-69
Acórdão nº : 301-32.536

VOTO

Conselheira Susy Gomes Hoffmann, Relatora

Conheço do Recurso por preencher os requisitos legais.

O presente processo cuida de pedido de KÁTIA MARA CAMARGO DE LIMA, com CNPJ/CPF nº 02.479.484/0001-29, em que foi impugnada a exclusão do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples, instituído pela Lei nº 9317/96.

O principal motivo da exclusão deu-se pelo fato de incorrer em hipótese de vedação expressa prevista na legislação do Simples, tendo sido somente tipificada a atividade desenvolvida pela empresa nos incisos V e XIII, do artigo 9º da Lei 9317/96.

Esta vedação legal foi anotada em Ato Declaratório Executivo de fls. 09, do qual se extrai:

Situação excludente (evento 306):

- Descrição: atividade econômica vedada: 4559-4/99 Outras obras de acabamento de construção;

- Data da ocorrência: 30/06/1999

Fundamentação legal: Lei nº 9317, 05/12/1996; artigo 9º XIII, artigo 12; artigo 14, I; artigo 15, II. Medida Provisória nº 2158-34, de 27/07/2001; artigo 73; IN SRF 250, de 26/11/2002; artigo 20, XII; artigo 21; artigo 23, I; artigo 24, II, c/c parágrafo único.

Ora, verifica-se que a citada fundamentação é insuficiente para exclusão da contribuinte do Regime Simplificado, pois não indica quais as atividades da Recorrente não se sujeitam ao regime do Simples, vez que, conforme consta do contrato social da Recorrente ela possui diversas atividades, de tal forma que seria necessária a indicação específica sobre quais atividades recairia o eventual impedimento para enquadramento no Simples.

Desta forma, conclui-se que o ato administrativo não está revestido de formalidades legais, violando os preceitos do contraditório e da legítima defesa, razão pela qual o ato declaratório é nulo de pleno direito, nos termos dos artigos 5º, LV, da CF, 59º, II, do Dec. 70235/1972 e 50º da Lei 9784/1999.



Processo nº : 10665.001178/2003-69
Acórdão nº : 301-32.536

A questão tratada nesse processo já foi objeto de exame minucioso feito pela eminente Conselheira Atalina Rodrigues Alves, por ocasião do julgamento do Recurso nº. 125.210, que, pela similitude, adoto como razões de decidir, e peço vênica para transcrever em parte:

“ 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.

Processo nº : 10665.001178/2003-69
Acórdão nº : 301-32.536

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)..”

Frente a esses argumentos, não há como prevalecer o Ato Declaratório de Exclusão, motivo pelo qual, é imperioso que seja dado provimento ao Recurso a fim de declarar a nulidade do ADE por não atender aos requisitos legais.

Posto isto, voto pela declaração de Nulidade do Processo Ab Initio.

Sala das Sessões, em 23 de fevereiro de 2006


SUSY GOMES HOFFMANN - Relatora