MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº	:	10680.006130/2003-59
Recurso nº	:	131.129
Acórdão nº	:	301-32.444
Sessão de	:	25 de janeiro de 2006
Recorrente	:	NET CONTROL INFORMÁTICA LTDA.
Recorrida	:	DRJ/JUIZ DE FORA/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 nexo 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.

tmc

RELATÓRIO

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

"Na Representação Administrativa feita por Auditora Fiscal da Previdência Social – AFPS, fls. 02/03, foi constatada situação de vedação/exclusão à opção pelo SIMPLES.

Em face de sua apreciação pela SACAT/DRF/GVA/MG, materializada no Despacho Decisório de fls. 20/24, foi exarado o Ato Declaratório Executivo nº 08/2004 de fls. 25 e 26, pelo qual a empresa foi excluída do SIMPLES *"por exercer atividades que impedem a opção pelo referido sistema, de acordo com o artigo 9º, inciso XIII, da Lei n.º 9.317/96".*

Às fls. 28/34 (original às fls. 48/54) impugnação mediada por procurador constituído à fl. 35/67, que pode ser assim traduzida, em síntese:

- ausência do **direito de defesa**, pois sequer foi comunicada da existência do processo investigatório e dos atos decisórios, todos tomados à **revelia** da empresa;

- o objeto do contrato com a Companhia Vale do Rio Doce *"(...) que não corresponde com a realidade fática, demonstra o "desenvolvimento de um software/aplicativo", atividades totalmente diversa de instalação, reparo e montagem de aparelhos e, muito menos sistema de comunicação e telecomunicações."*;

- *"(...) não houve qualquer análise das atividades realmente desenvolvidas pela Net Control (...)";*

- *" A simples referência a "controle de correias transportadoras e equipamentos" apenas se refere ao uso final do suposto software/aplicativo, sendo que esse produto final jamais influenciaria nas correias ou equipamentos e sim, aumentaria o controle estatístico e funcional dessas.";*

- *"(...) as correias e equipamentos já se encontravam montadas, em perfeitos funcionamentos e devidamente instaladas e não houve qualquer modificação nas mesmas, até porque, tais correias transportam minérios para usina de beneficiamento, (...)* atividades defendidas como totalmente alheias às da contribuinte;

- *"não praticou qualquer atividade assemelhada à de engenheiro e, assim não entendido, deverá ser realizada a prova pericial e **testemunhal** para demonstrar a natureza da atividade desenvolvida no contrato.* (grifei);

- *"(...) não prestou qualquer consultoria à Companhia Vale do Rio Doce, ou programou ou analisou qualquer sistema e, muito menos, foi professor dos funcionários da CVRD e, conseqüentemente, sequer se assemelham a essas atividades.";*

- houve apenas a *"(...) **simples digitação, por pessoa sem qualquer qualificação técnica, de planilhas eletrônicas de Excel e Plant Information.**"* (grifos originais);

- *"(...) é público e notório que não e desenvolve um novo software em apenas quatro meses e, muito menos, pela pequena quantia de R$ 5.160,00 (...)"*;

- havendo modificação no entendimento anterior da SRF, quando da análise da solicitação de inclusão no Simples, somente poderá ser aplicada para novos pedidos de inclusão naquela sistemática;
12) é totalmente **ilegal** retroagir a exclusão operada, mais ainda a períodos anteriores à própria celebração do contrato com a CVRD, assim mesmo a partir da publicação no Diário Oficial da União."

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

Inconformada, a contribuinte recorre a este Conselho, conforme petição de fls. 82/90.

É o relatório.

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. 25, o Ato Declaratório de nº 08, que determina a exclusão do contribuinte da Sistemática do SIMPLES, e traz como motivação a vedação por atividade exercida pela empresa.

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 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 redunda na conseqüência de que a repartição não propiciou àa 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 15°, parágrafo 3°:

"§ 3° 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 vedações por atividades que não estejam claramente definidas se constitui em evidente cerceamento ao direito de defesa.

Observe-se, por oportuno, que o Contrato Social de fl. 10 contempla atividades que vedam a opção pelo SIMPLES e outras que não o fazem.

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 08, 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